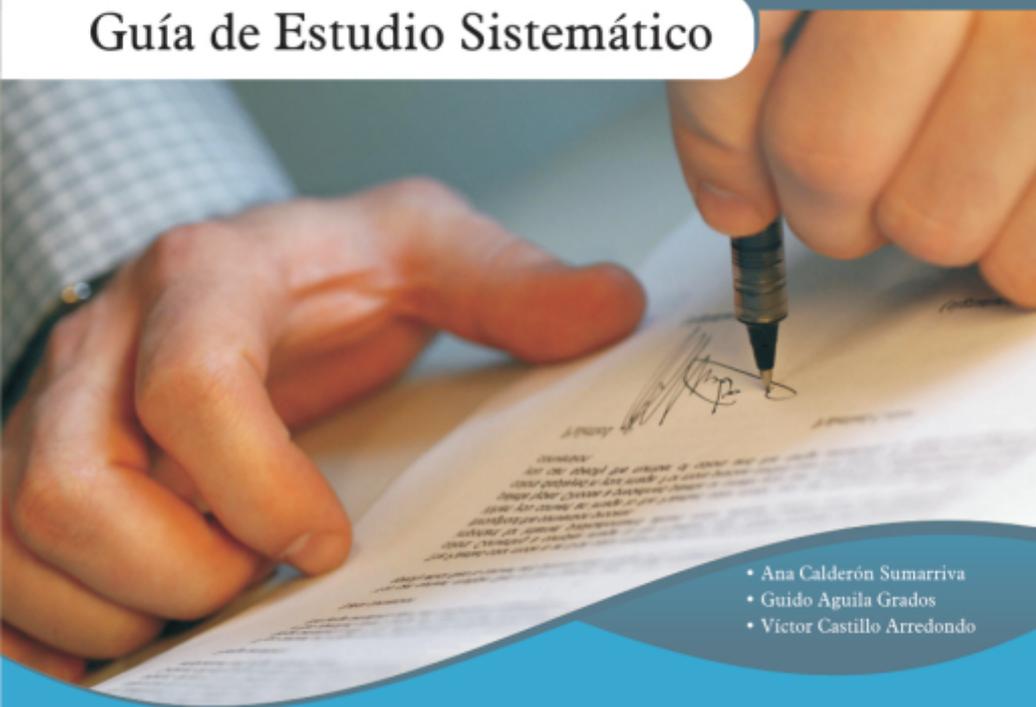


Colección Jurisprudencia Constitucional

EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE Y SU DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Guía de Estudio Sistemático



- Ana Calderón Sumarriva
- Guido Aguila Grados
- Víctor Castillo Arredondo



ESCUELA DE ALTOS ESTUDIOS JURÍDICOS

Juntos alcanzamos tus sueños profesionales

FONDO EDITORIAL

www.egacal.com

Colección Jurisprudencia Constitucional

Directores: Ana Calderón Sumarriva • Guido Aguila Grados

EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL
VINCULANTE
Y SU DOCTRINA JURISPRUDENCIAL
Guía de Estudio Sistemático

Ana Calderón Sumarriva

Guido Aguila Grados

Víctor Castillo Arredondo



**EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE Y SU
DOCTRINA JURISPRUDENCIAL - Guía de Estudio Sistemático**

**Ana Calderón Sumarriva • Guido Aguila Grados • Víctor Castillo
Arredondo**

Primera edición: 2011

© Diseño de Portada y Composición de interiores: Sonia Gonzales Sutta

© EGACAL
Escuela de Altos Estudios Jurídicos

Tiraje:

Hecho el Depósito Legal
En la Biblioteca Nacional del Perú
Reg. N°
ISBN
Registro de Proyecto Editorial N°

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo de EGACAL y de Editorial San Marcos.
Impreso en Perú / Printed in Peru

A Víctor Manuel IV

PRESENTACIÓN

En los últimos diez años el Derecho peruano ha experimentado grandes transformaciones. Estos cambios no son propios de la dinámica de los tiempos actuales en que la ciencia jurídica se ramifica a la “n” potencia y asoman especialidades que, aunque poseen un ADN forense, están emparentados con la tecnología o el medio ambiente. Son propios del giro copernicano que se ha producido en el Derecho constitucional (y con él, todo el Derecho nacional), que de disciplina asociada a la política y norma meramente declarativa, enunciativa y romántica se ha convertido en omnipresente en todos los rincones del planeta Derecho. Ricardo Guastini la denomina “Constitución invasora” del Derecho en general.

Hoy la nomenclatura de “Estado Constitucional de Derecho” ha reemplazado a la de “Estado Legal de Derecho”. El cambio terminológico parece mínimo pero encierra, en realidad, una mutación sin precedentes en alcances y repercusiones. La doctrina mayoritaria lo llama “neoconstitucionalismo” y aunque no existe unanimidad sobre esta denominación lo cierto es que vivimos -y aplicamos- un Derecho diferente. Al respecto, la imprecisión de los textos constitucionales ha generado que sea la jurisdicción constitucional la responsable de llenar de contenidos la *norma normarum*, de tal forma que el Derecho que rige el ordenamiento jurídico nacional ya no sólo es realizado por el legislador, sino por el juez constitucional. Y ambos no están en igualdad de condiciones porque el legislador se ha visto limitado y controlado -en el caso peruano- por el Tribunal Constitucional, razón por la cual no sería descabellado afirmar que “*el Derecho en el Perú es lo que dice que es el Tribunal Constitucional*”, puesto que sus resoluciones, en algunos casos, vinculan a todos los poderes del Estado.

El supremo intérprete de la Constitución vive, pues, en un estado de gracia. Desde su origen -hace casi una centuria- ha pasado de ser el órgano de control de constitucionalidad que actuaba como un legislador negativo a actuar no sólo como legislador positivo, sino que mediante sus sentencias exhortativas se ha convertido en legislador inductivo. Sin embargo, el camino transitado hasta el momento ha sido pedregoso y accidentado pues no son pocas las sentencias que han deslegitimizado la función del Tribunal Constitucional. La controversia ha sido casi la fiel rabona del autodenominado Alto Tribunal debido a sus principales patologías: incoherencia jurisprudencial, la politización de sus fallos y una débil argumentación en ellos. Sin embargo, en la aritmética final el resultado es positivo pues existen muchos fallos (el

superlativo *ísimos* no sería erróneo) que desarrollan una impecable dogmática constitucional con un amplio despliegue didáctico e instructivo. Pero todo esto no es suficiente porque el órgano que apaga las luces y cierra la puerta en materia constitucional -y, con ello, jurídica en general- no puede darse el lujo de cometer errores mayúsculos. En otras palabras, no basta que su saldo sea positivo, sino que debe rayar lo óptimo (a más atribuciones, más exigencia). Pero como este no es el espacio adecuado para analizar las causas por las que esto ocurre, una futura publicación, Dios mediante, nos permitirá llegar a ustedes con otra propuesta.

El propósito del texto que tiene entre manos es otro. Es una guía de estudio para un mejor conocimiento de parte de la jurisprudencia relevante del Órgano de Control de la Constitucionalidad por excelencia: los precedentes constitucionales vinculantes. Nuestra labor no es de análisis, ni siquiera creadora. Es sólo recopiladora y clasificadora. Aspiramos, como máximo, a ser facilitadores del conocimiento de esta jurisprudencia. Si el Tribunal Constitucional es la principal fuente del Derecho Constitucional, entonces conocer su jurisprudencia es un asunto no negociable para el abogado de hoy. Sólo conociéndola podremos ofrecer un diagnóstico sobre su situación para tener autoridad y debatir respecto de su tamiz jurídico. De lo contrario será una charla de café.

No es fácil esta empresa. En tres lustros de labor, el supremo intérprete de la Constitución ha producido una inmensa jurisprudencia. Esta es la razón por la que nos hemos focalizado en una parte de ella: el precedente.

¿Qué diferencia existe entre el presente trabajo y otros similares? Hemos pretendido entregar algo más de lo que aportan las publicaciones ya existentes. Sólo el veredicto de los lectores nos dirá si lo logramos. Enumeremos:

1. **Se ha recopilado y clasificado la doctrina jurisprudencial anterior y posterior a los precedentes.** Pretendemos que ese sea el *plus* de este trabajo. Si bien el precedente constitucional vinculante apareció de manera intempestiva, no ocurre lo mismo con el contenido de sus 44 manifestaciones, pues ya existía jurisprudencia trascendente relacionada a lo que luego serían los precedentes. Tampoco el haber generado una regla jurídica le ha puesto un punto final a su desarrollo jurisprudencial (es sólo un punto seguido) porque, como en cualquier ámbito de la vida, es complejo estudiar un fenómeno descontextualizado.
2. **Hemos apostado por una clasificación según la naturaleza de la pretensión.** Aunque existen múltiples clasificaciones de los precedentes, nos parece, sin embargo, que se circunscriben a siete ámbitos:

- Ámbito Penal, Procesal Penal y Ejecución Penal
- Ámbito Laboral
- Ámbito Previsional
- Ámbito Administrativo
- Ámbito Parlamentario
- Ámbito Procesal
- Ámbito de Derechos Fundamentales
- Ámbito Arbitral

3. **Procuramos no realizar una transcripción de toda la sentencia.** El propósito es que sólo lleguen al lector los argumentos relevantes que permitan un entendimiento cabal del caso y su resolución. Si el libro asoma voluminoso es su contextura natural porque no le sobra nada.

En fin, nuestro espejo siempre refleja la imagen que queremos ver. Sólo quien nos observa de afuera podrá decir si estamos prolijamente peinados y vestidos. Esta es la razón por la que aguardamos atentos sus opiniones y críticas. Y al hacer público este trabajo creemos que es útil. Decimos “creemos” porque sólo sus comentarios nos dirán si en verdad hemos logrado aportar algo o no. Al pie encontrarán nuestras direcciones electrónicas para decirnos cómo nos vemos a través de este texto. Nuestra infinita gratitud a quienes lo hagan.

Ana Calderón Sumarriva
acs@egacal.com

Guido Aguila Grados
gag@egacal.com

Víctor Castillo Arredondo
aulavirtual@egacal.com

ÍNDICE

I. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

1. SENTENCIAS NORMATIVAS O MANIPULATIVAS	25
• EXP. N° 0004-2004-CC/TC PODER JUDICIAL	25
• EXP. N° 0018-2005-PI/TC OSCAR LOAYZA AZURÍN COLEGIO DE ABOGADOS DE ICA	31
• EXP. N° 0030-2005-PI/TC MÁS DEL 25% DEL NÚMERO LEGAL DE MIEMBROS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA	31
• EXP. N° 0020-2005-PI/TC y EXP. N° 0021-2005-PI/TC (acumulados) PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA	35
2. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL	37
• EXP. N° 4853-2004-PA/TC DIRECCIÓN REGIONAL DE PESQUERÍA DE LA LIBERTAD	37
• EXP. N° 0006-2006-PC/TC PODER EJECUTIVO	38
3. EL PRECEDENTE VINCULANTE	
• EXP. N.° 0024-2003-AI/TC – LIMA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE TURÍN	39
• EXP. N.° 3741-2004-AA/TC – LIMA RAMÓN HERNANDO SALAZAR YARLENQUE	48

II. PROPUESTA DE GUÍA DE ESTUDIO SISTEMÁTICO

1. ÁMBITO PENAL, PROCESAL PENAL Y EJECUCIÓN PENAL	55
a. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA ANTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL	55
• EXP. N° 139-2002-HC/TC LUIS GUILLERMO BEDOYA DE VIVANCO	55
• EXP. N° 0010-2002-AI/TC MARCELINO TINEO SILVA Y MÁS DE 5,000 CIUDADANOS	58
• EXP. N° 2488-2002-HC/TC GENARO VILLEGAS NAMUCHE	100
• Exp. N° 0019-2005-PI/TC MOISÉS WOLFENSON	107
b. PRECEDENTES VINCULANTES EN MATERIA PENAL, PROCESAL PENAL Y EJECUCIÓN PENAL	128
• EXP. N° 3771-2004-HC/TC MIGUEL CORNELIO SÁNCHEZ CALDERÓN	128
• EXP. N° 1257-2005-PHC/TC ENRIQUE JOSÉ BENAVIDES MORALES	132
• EXP. N° 2496-2005-PHC/TC EVA ROSARIO VALENCIA GUTIERREZ	133
• EXP. N° 6423-2007-PHC/TC ALI GUILLERMO RUIZ DIANDERAS	135
c. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA POSTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL	137
• EXP. N° 1680-2009-PHC/TC ANTAURO IGOR HUMALA TASSO Y OTROS	137
• EXP. N° 5786-2007-PHC/TC RUBÉN NEMECIO CAJA COLLAZOS	141

• EXP. N° 3509-2009-PHC/TC WALTER GASPAR CHACÓN MÁLAGA	142
• EXP. N° 5350-2009-PHC/TC JULIO ROLANDO SALAZAR MONROE	149
• EXP. N° 5922-2009-PHC/TC LUIS ENRIQUE HERRERA ROMERO	163
2. ÁMBITO LABORAL	165
a. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA ANTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL	165
• EXP. N° 1112-98-AA/TC CÉSAR ANTONIO COSSÍO Y OTROS	165
• EXP. N° 0628-2001-AA/TC ELBA GRACIELA ROJAS HUAMÁN	169
• EXP. N° 1124-2001-AA/TC SINDICATO UNITARIO DE TRABAJADORES DE TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A. y FETRATEL	170
• EXP. N° 0976-2001-AA/TC EUSEBIO LLANOS HUAYCO	175
• EXP. N° 1058-2004-AA/TC RAFAEL FRANCISCO GARCÍA MENDOZA-SERPOST	185
b. PRECEDENTES VINCULANTES EN MATERIA LABORAL	192
• EXP. N° 2616-2004-AC /TC AMADO NELSON SANTILLAN TUESTA	192
• EXP. N° 0206-2005-PA/TC CÉSAR ANTONIO BAYLÓN FLORES	195
• EXP. N° 1333-2006-PA/TC JACOBO ROMERO QUISPE	201
• EXP. N° 4635-2004-AA/TC SINDICATO DE TRABAJADORES TOQUEPALA Y ANEXOS	206

•	EXP. N° 4650-2007-PA/TC COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO DE SUB-OFICIALES DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ “SANTA ROSA DE LIMA LTDA.”	209
•	EXP. N° 3052-2009-PA/TC YOLANDA LARA GARAY	210
c.	DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA POSTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL	213
•	EXP. N° 3169-2006-PA/TC PABLO CAYO MENDOZA	213
•	EXP. N° 0002-2010-PI/TC INCONSTITUCIONALIDAD DEL CAS	216
•	EXP. N° 3818-2009-PA/TC ROY MARDEN LEAL MAYTAHUARI	231
3.	ÁMBITO PREVISIONAL	237
a.	DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA ANTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL	237
•	EXP. N° 007-96-I/TC (ACUMULADO) CASO BERNARDO FERNÁNDEZ GIL Y OTROS	237
•	EXP. N° 0008-96-I/TC MAXIMILIANO CÁRDENAS DÍAZ Y OTROS	251
b.	PRECEDENTES VINCULANTES EN MATERIA PREVISIONAL	278
•	EXP. N° 1417-2005-AA/TC MANUEL ANICAMA HERNÁNDEZ	278
•	EXP. N° 5189-2005-PA/TC JACINTO GABRIEL ÁNGULO	281
•	EXP. N° 9381-2005-PA/TC FÉLIX AUGUSTO VASI ZEVALLOS	286
•	EXP. N° 7281-2006-PA/TC SANTIAGO TERRONES CUBAS	288

•	EXP. N° 6612-2005-PA/TC ONOFRE VILCARIMA PALOMINO	290
•	EXP. N° 10087-2005-PA/TC ALIPIO LANDA HERRERA	295
•	EXP. N° 0061-2008-PA/TC RÍMAC INTERNACIONAL COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	300
•	EXP. N° 4762-2007-PA/TC ALEJANDRO TARAZONA VALVERDE	303
•	EXP. N° 5430-2006-PA/TC ALFREDO DE LA CRUZ CURASMA	305
•	EXP. N° 2513-2007-PA/TC ERNESTO CASIMIRO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ	308
c.	DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA POSTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL	314
•	EXP. N° 0050-2004-AI, 0051-2004, AI 0004-2005, AI 0007-2005, AI 0009-2005-AI COLEGIO DE ABOGADOS DE CUSCO Y OTROS	314
4.	ÁMBITO ADMINISTRATIVO	357
a.	DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA ANTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL	357
•	EXP. N° 3283-2003-AA/TC TAJ MAHAL DISCOTEQUE Y OTRA	357
b.	PRECEDENTES VINCULANTES EN MATERIA ADMINISTRATIVA	368
•	EXP. N° 1966-2005-PHC/TC CÉSAR AUGUSTO LOZANO ORMEÑO	368
•	EXP. N° 2802-2005-PA/TC JULIA MABEL BENAVIDES GARCÍA	369
•	EXP. N° 3741-2004-AA/TC RAMÓN HERNANDO SALAZAR YARLENQUE	374

•	EXP. N° 4227-2005-PA/TC ROYAL GAMING S.A.C.	377
•	EXP. N° 3075-2006-PA/TC ESCUELA INTERNACIONAL DE GERENCIA HIGH SCHOOL OF MANAGEMENT-EIGER	387
•	EXP. N° 5961-2009-PA/TC TRANSPORTES VEA S.A.C. AUTOS USADOS	393
•	EXP. N° 0001-2010-CC/TC PODER EJECUTIVO AUTOS USADOS II	395
c.	DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA POSTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL	408
•	EXP. N° 1182-2005-PA/TC CAROL LUZ SÁENZ LUMBRERAS vs. SENATI	408
•	EXP. N° 00535-2009-PA/TC RODOLFO LUIS OROYA GALLO vs. USIL	410
5.	ÁMBITO PARLAMENTARIO	417
a.	DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA ANTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL	417
•	EXP. N° 358-98-AA/TC MANUEL AGUIRRE ROCA	417
•	EXP. N° 340-98-AA/TC GUILLERMO REY TERRY	423
•	EXP. N° 1005-96-AA/TC HUGO ALFREDO GARCÍA SALVATTECCI	431
•	EXP. N° 0006-2003-AI/TC INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 89° DEL REGLAMENTO DEL CONGRESO	433
b.	PRECEDENTES VINCULANTES EN MATERIA PARLAMENTARIA	444
•	EXP. N° 3760-2004-AA/TC GASTON ORTIZ ACHA	444

•	EXP. N° 2791-2005-PA/TC JULIO SOVERÓN MÁRQUEZ Y OTRO	448
•	EXP. N° 0030-2005-PI/TC BARRERA ELECTORAL	451
c.	DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA POSTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL	456
•	EXP. N° 5312-2006-PA/TC CARLOS ALBERTO BOLOÑA BEHR	456
•	EXP. N° 3593-2006-AA/TC LUZ SALGADO RUBIANES DE PAREDES Y CARMEN LOZADA DE GAMBOA	457
•	EXP. N° 0026-2006-PI/TC JAVIER VALLE Riestra y más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República	461
•	EXP. N° 00013-2009-PI/TC MÁS DEL 25% DEL NÚMERO LEGAL DE MIEMBROS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA	484
•	EXP. N° 05181-2009-PA/TC ELSA VICTORIA CANCHAYA SÁNCHEZ	494
•	EXP. N° 0030-2010-PHC/TC ELÍAS MOISÉS LARA CHIENDA	496
6.	ÁMBITO PROCESAL	501
a.	DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA ANTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL	501
•	EXP. N° 1941-2002-AA/TC LUIS FELIPE ALMENARA BRYSON	501
•	EXP. N° 2663-2003-HC/TC ELEOBINA MABEL APONTE CHUQUIHUANCA	507

b.	PRECEDENTES VINCULANTES EN MATERIA PROCESAL	513
	• EXP. N° 2302-2003-AA/TC INVERSIONES DREAMS S.A.	513
	• EXP. N° 1150-2004-AA/TC BANCO DE LA NACIÓN	516
	• EXP. N° 3361-2004-AA/TC JAIME AMADO ÁLVAREZ GUILLÉN	517
	• EXP. N° 0168-2005-PC/TC MAXIMILIANO VILLANUEVA VALVERDE	530
	• EXP. N° 5854-2005-PA/TC PEDRO ANDRÉS LIZANA PUELLES	532
	• EXP. N° 2877-2005-PHC/TC LUIS SÁNCHEZ LAGOMARCINO RAMÍREZ	533
	• EXP. N° 4853-2004-PA/TC DIRECCIÓN REGIONAL DE PESQUERÍA DE LA LIBERTAD	543
	• EXP. N° 1412-2007-PA/TC JUAN DE DIOS LARA CONTRERAS	547
	• EXP. N° 3908-2007-PA/TC PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL (PROVIAS NACIONAL)	548
c.	DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA POSTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL	550
	• EXP. N° 6164-2007-HD/TC JHONNY ROBERT COLMENARES JIMÉNEZ	550
	• EXP. N° 3173-2008-PHC/TC TEODORICO BERNABÉ MONTOYA	552
7.	ÁMBITO DE DERECHOS FUNDAMENTALES	555
a.	DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA ANTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL	555
	• EXP. N° 2945-2003-AA/TC AZANCA ALHELÍ MEZA GARCÍA	555

b.	PRECEDENTES VINCULANTES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES	568
	• EXP. N° 3482-2005-PHC/TC LUIS AUGUSTO BRAIN DELGADO Y OTROS	568
	• EXP. N° 0349-2004-AA/TC MARÍA ELENA COTRINA AGUILAR	574
	• EXP. N° 4677-2004-PA/TC CONFEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DEL PERU	580
	• EXP. N° 3362-2004-AA/TC PRUDENCIANO ESTRADA SALVADOR	583
c.	DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA POSTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL	593
	• EXP. N° 2273-2005-PHC/TC KAREN MAÑUCA QUIROZ CABANILLAS	593
	• EXP. N° 2147-2010-PHC/TC NANCY AURORA LINARES ARI	603
8.	ÁMBITO ARBITRAL	607
a.	DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA ANTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL	607
	• EXP. 0189-99-AA /TC – LIMA PESQUERA RODGA S.A.	607
b.	PRECEDENTE VINCULANTE EN MATERIA ARBITRAL	612
	• EXP. N° 0142-2011-PA/TC – LIMA SOCIEDAD MINERA DE RESPONSABILIDAD LTDA. MARIA JULIA	612
c.	DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA POSTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL	615
	• STC 6167-2005-PHC/TC – LIMA CASO FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY	615
	• EXP. 4972-2006-PA/TC - LA LIBERTAD CORPORACIÓN MEIER S.A.C. Y PERSOLAR S.A.C.....	621

- EXP. 6149-2006-PA y 6662-2006-PA/TC - LIMA
MINERA SULLIDEN SHAHUINDO S.A.C. Y COMPAÑÍA DE
EXPLORACIONES ALGAMARCA S.A. 624
- EXP. 4195-2006-AA/TC - LIMA
PROIME CONTRATISTAS GENERALES S.A. 637



LA JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL

El mismo Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha definido la Jurisprudencia Constitucional. Apelemos a la más emblemática de las sentencias, esto es, a aquella en la que desarrolla la jurisprudencia constitucional:

La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad. (Exp. 0024-2003-AI/TC)

Se advierte que no considera a la Jurisprudencia emitida por el Poder Judicial. Al parecer a los juzgados constitucionales que existen en los distritos judiciales de Lima y Ayacucho y a la Sala Superior Constitucional de Lambayeque no les han dado la mayoría de edad.

Sobre la base de este concepto podemos determinar que la jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional presente las siguientes variantes:

1. Sentencias Normativas o Manipulativas
2. Doctrina Jurisprudencial
3. Precedentes Vinculantes

Iniciemos un breve estudio de las dos primeras tipologías antes de adentrarnos al precedente constitucional vinculante.

1. SENTENCIAS NORMATIVAS O MANIPULATIVAS

- **Base Constitucional:** Inexistente
- **Base Legal:** Inexistente
- **Base Jurisprudencial:**

EXP. N° 0004-2004-CC/TC
PODER JUDICIAL

I.- La tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional

2. Sobre este tema, la doctrina ha establecido una doble clasificación: la primera distingue entre sentencias de especie o de principio, y la segunda entre sentencias estimativas o desestimativas. Veámoslas brevemente:

Respecto a la primera clasificación se tiene:

a) **Las sentencias de especie** se constituyen por la aplicación simple de las normas constitucionales y demás preceptos del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto. En este caso, la labor del juez constitucional es meramente “declarativa”, ya que se limita a aplicar la norma constitucional o los otros preceptos directamente conectados con ella.

b) **Las sentencias de principio** son las que forman la jurisprudencia propiamente dicha, porque interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas y forjan verdaderos precedentes vinculantes.

En cuanto a estas últimas, el Tribunal Constitucional peruano ha dictado diversas sentencias emitidas en los Exps. N.º 0008-2003-AI/TC y N.º 018-2003-AI/TC, que llamaremos “instructivas”, y que se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los temas más importantes en discusión. Este tipo de sentencias se justifican porque tienen como finalidad orientar a los jueces con criterios que puedan utilizar en la interpretación constitucional que realicen en los procesos a su cargo y, además, porque contribuye a que los ciudadanos ejerciten mejor sus derechos.

Con relación a la segunda clasificación, debemos expresar lo siguiente:

A. Las sentencias estimativas

3. Las sentencias estimativas son aquellas que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad. Su consecuencia jurídica específica la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, mediante una declaración de invalidez constitucional. En dicha hipótesis, la inconstitucionalidad se produce por la colisión entre el texto de una ley o norma con rango de ley y una norma, principio o valor constitucional. Las sentencias estimativas pueden ser de simple anulación, interpretativa propiamente dicha o interpretativas-manipulativas (normativas).

3.1. Las sentencias de simple anulación

En este caso el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la integridad del contenido de un texto. La estimación es parcial cuando se refiere a la fracción de una ley o norma con rango de ley (un artículo, un párrafo, etc.); y, por ende, ratifica la validez constitucional de las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado. La estimación es total cuando se refiere a la plenitud de una ley o norma con rango de ley; por ende, dispone la desaparición íntegra del texto normativo impugnado del ordenamiento jurídico.

3.2. Las sentencias interpretativas propiamente dichas

En este caso el órgano de control constitucional, según sean las circunstancias que rodean el proceso constitucional, declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo cual acarrea una aplicación indebida.

Dicha modalidad aparece cuando se ha asignado al texto objeto de examen una significación y contenido distinto al que la disposición tiene cabalmente. Así, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado “normas nuevas”, distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley objeto de examen. Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución.

3.3. Las sentencias interpretativas-manipulativas (normativas)

En este caso el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva.

La operación ablativa o de exéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada “eliminando” del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto, se declara la nulidad de las “expresiones impertinentes”; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley.

La operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada “agregándosele” un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo.

La existencia de este tipo de sentencias se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que puedan presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la “expulsión” de una ley o norma con rango de ley del ordenamiento jurídico. Tales circunstancias tienen que ver con la existencia de dos principios rectores de la actividad jurisdiccional-constituyente, a saber; el principio de conservación de la ley y el principio de interpretación desde la Constitución. Conviene tener presente en qué consisten:

- **El principio de conservación de la ley.** Mediante este axioma se exige al juez constitucional “salvar”, hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado.

Es decir, la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional, debe ser la última *ratio* a la que debe apelarse. Así, la simple declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable.

- **El principio de interpretación desde la constitución.** Mediante este axioma o pauta básica se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental.

Dicha interpretación hace que la ley sea conforme a la Constitución; cabiendo, para tal efecto, que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos.

La experiencia demuestra que residualmente la declaración de inconstitucionalidad puede terminar siendo más gravosa desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su propia permanencia dentro del ordenamiento constitucional. Así, pues, los efectos de dicha declaración pueden producir, durante un “tiempo”, un vacío legislativo dañoso para la vida coexistencial.

En ese sentido, no debe olvidarse que la jurisdicción constitucional desarrolla una función armonizadora de los conflictos sociales y políticos subyacentes en un proceso constitucional, por lo que dichas sentencias se constituyen en instrumentos procesales necesarios para el desarrollo de tal fin.

Este tipo de sentencias propician el despliegue de los efectos de las normas constitucionales que podrían ser obstaculizados por los “huecos normativos” emanados de un simple fallo estimatorio.

Las normas inducidas y deducidas emanadas de una sentencia manipulativa-interpretativa (normativa) se encuentran implícitas dentro del ordenamiento constitucional, pero son objetivables mediante este procedimiento.

Existe una pluralidad de sentencias manipulativo-interpretativas; a saber:

3.3.1 Las sentencias reductoras: Son aquellas que señalan que una parte (frases, palabras, líneas, etc.) del texto cuestionado es contraria a la Constitución, y ha generado un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva y desmesurada.

En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la “extensión” del contenido normativo de la ley impugnada. Dicha reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial.

Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada en relación a algunos de los supuestos contemplados genéricamente; o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas. Ello implica que la referida inaplicación abarca a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley; o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primicialmente previstos.

En consecuencia, la sentencia reductora restringe el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto.

3.3.2. Las sentencias aditivas: Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

En ese contexto procede a “añadir” algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional. En puridad, se expiden para completar leyes cuya redacción rónica presenta un contenido normativo “menor” respecto al exigible constitucionalmente. En consecuencia, se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general cuestionada, sino más bien de lo que los textos o normas no consignaron o debieron consignar.

En ese sentido, la sentencia indica que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo. De allí que el órgano de control considere necesario “ampliar” o “extender” su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o ensanchando sus consecuencias jurídicas.

La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es decir, a través del acto de adición, evitar que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales.

Es usual que la omisión legislativa inconstitucional afecte el principio de igualdad; por lo que al extenderse los alcances de la norma a supuestos o consecuencias no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia está consiguiendo es homologar un mismo trato con los sujetos comprendidos inicialmente en la ley cuestionada.

El contenido de lo “adicionado” surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica.

3.3.3. Las sentencias sustitutivas: Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo

expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley.

Ahora bien, debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico.

La actividad interpretativa se canaliza con el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador, hasta la parte de la ley cuestionada –y en concreto afectada de inconstitucional-, con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial.

3.3.4. Las sentencias exhortativas: Son aquellas en donde el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales.

Como puede observarse, si en sede constitucional se considera *ipso facto* que una determinada disposición legal es contraria a la Constitución, en vez de declararse su invalidez constitucional, se confiere al legislador un plazo determinado o determinable para que la reforme, con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental.

En este tipo de sentencias se invoca el concepto de *vacatio sententiae*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo. Es decir, se modulan los efectos de la decisión en el tiempo. Dicha expresión es un equivalente jurisprudencial de la *vacatio legis* o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada.

Debe señalarse que la exhortación puede concluir por alguna de las tres vías siguientes:

- Expedición de la ley sustitutiva y reformante de la norma declarada incompatible con la Constitución.
- Conclusión *in totum* de la etapa suspensiva; y, por ende, aplicación plenaria de los alcances de la sentencia. Dicha situación se cuando el legislador ha incumplido con dictar la ley sustitutiva dentro del plazo expresamente fijado en la sentencia.
- Expedición de una segunda sentencia. Dicha situación se produce por el no uso parlamentario del plazo razonable para aprobar la ley sustitutiva.

Asimismo, este Tribunal ha emitido en múltiples procesos constitucionales sentencias exhortativas que, a diferencia de las anteriormente descritas, no tiene efectos vinculantes.

Dichas sentencias son recomendaciones o sugerencias, *strictu sensu*, que, partiendo de su función armonizadora ante los conflictos, se plantean al legislador para que en el

ejercicio de su discrecionalidad política en el marco de la constitución pueda corregir o mejorar aspectos de la normatividad jurídica. En tales sentencias opera el principio de persuasión y se utilizan cuando, al examinarse los alcances de un proceso constitucional, si bien no se detecta la existencia de un vicio de inconstitucionalidad, se encuentra una legislación defectuosa que de algún modo conspira contra la adecuada marcha del sistema constitucional.

Al respecto, deben mencionarse las sentencias emitidas en los Expedientes Acumulados N.ºs 001/003-2003-AI/TC, en donde se exhorta al Poder Ejecutivo para que, en salvaguarda del principio de seguridad jurídica que debe informar al Sistema Registral, reglamente el uso del formulario registral legalizado por notario, previsto en el segundo párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 27755; o la sentencia del Expediente N.º 022-2003-AI/TC, en donde se exhorta a la autoridad competente y a los Poderes del Estado involucrados a asumir las funciones que, conforme al artículo 102.º, inciso 7.º de la Constitución y a las normas de desarrollo, le corresponde en materia de delimitación territorial, especialmente en lo que respecta a la controversia suscitada por los límites territoriales de la Isla Lobos de tierras, que genera un conflicto entre los gobiernos regionales de Lambayeque y Piura.

3.3.5. Las sentencias estipulativas: Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad establece, en la parte considerativa de la sentencia, las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional. En ese contexto, se describirá y definirá en qué consisten determinados conceptos.

B. Las sentencias desestimativas

4. Las sentencias desestimativas son aquellas que declaran, según sea el caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas las acciones de garantía, o resuelven desfavorablemente las acciones de inconstitucionalidad. En este último caso, la denegatoria impide una nueva interposición fundada en idéntico precepto constitucional (petición parcial y específica referida a una o varias normas contenidas o en una ley); además, el rechazo de un supuesto vicio formal no obsta para que esta ley no pueda ser cuestionada ulteriormente por razones de fondo. Ahora bien, la praxis constitucional reconoce una pluralidad de formas y contenidos sustantivos de una sentencia desestimativa, a saber:

4.1. La desestimación por rechazo simple: En este caso el órgano de control de la constitucionalidad resuelve declarar infundada la demanda presentada contra una parte o la integridad de una ley o norma con rango de ley.

4.2. La desestimación por sentido interpretativo (interpretación *strictu sensu*). En este caso el órgano de control de la constitucionalidad establece una manera creativa de interpretar una ley parcial o totalmente impugnada. Es decir, son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la constitucionalidad de una ley cuestionada, en la medida que se la interpreta en el sentido que éste considera adecuado, armónico y coherente con el texto fundamental.

En ese entendido, se desestima la acción presentada contra una ley, o norma con rango de ley, previo rechazo de algún o algunos sentidos interpretativos considerados como infraccionantes del texto *supra*. Por ende, se establece la obligatoriedad de interpretar dicha norma de “acuerdo” con la Constitución; vale decir, de conformidad con la interpretación declarada como única, exclusiva y excluyentemente válida.

EXP. N° 0018-2005-PI/TC
OSCAR LOAYZA AZURÍN COLEGIO DE ABOGADOS DE ICA

26. Finalmente, se considera pertinente señalar que las sentencias normativas de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional tienen efectos jurídicos vinculantes (artículo 204° de la Constitución), por cuanto desarrollan obligaciones constitucionales de hacer o de no hacer. No obstante, ello no asimila en sus funciones ni equipara, a este Colegiado, con la potestad legislativa que la Constitución (artículo 102° inciso 1) le reconoce al Congreso de la República; tal como se puede apreciar en la Ley N.º 28762 dictada por el Congreso, de 20 de junio de 2006, la misma que establece un plazo excepcional para la publicación de ordenanzas municipales que aprueban arbitrios municipales.

EXP. N° 0030-2005-PI/TC
MÁS DEL 25% DEL NÚMERO LEGAL DE MIEMBROS
DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

5.4 Fundamento constitucional y legitimidad de las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional

50. Al comprender que la Constitución es la norma jurídica suprema y que, como tal, puede ser interpretada, se comprende también que la jurisdicción constitucional no es solamente la negación o afirmación de la legislación, sino también su necesario complemento. Dicho de otro modo, la jurisdicción constitucional es una colaboradora del Parlamento, no su enemiga.

51. El principio de separación de poderes, recogido en el artículo 43° de la Constitución, busca asegurar que los poderes constituidos desarrollen sus competencias con arreglo al principio de corrección funcional; es decir, sin interferir con las competencias de otros, pero, a su vez, entendiendo que todos ejercen una función complementaria en la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución, como Norma Suprema del Estado (artículos 38°, 45° y 51°).

52. Dado que el artículo 201° de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional “es independiente y autónomo” en el ejercicio de sus competencias, como intérprete supremo de la Constitución (artículo 201°, 202° de la Constitución y 1° de la LOTC) goza de un amplio margen en la determinación de los métodos

interpretativos e integrativos que le sean útiles para cumplir de manera óptima su función de “órgano de control de la Constitución” (artículo 201º de la Constitución). Todo ello, claro está, con pleno respeto por los límites que de la propia Norma Fundamental deriven.

53. Cada una de las distintas clases de sentencias interpretativas e integrativas (*Vid.* STC 0004-2004-CC, Fundamento 3.3), según se expone a continuación, encuentran su fundamento normativo en diversas disposiciones constitucionales.

Dado que al Parlamento asiste legitimidad democrática directa como representante de la Nación (artículo 93º), el juez tiene el deber de presumir la constitucionalidad de las leyes, de modo tal que sólo pueda inaplicarla (control difuso) o dejarla sin efecto (control concentrado), cuando su inconstitucionalidad sea manifiesta; es decir, cuando no exista posibilidad alguna de interpretarla de conformidad con la Constitución. De esta manera, el fundamento constitucional de las sentencias interpretativas propiamente dichas se encuentra en los artículos 38º, 45º y 51º de la Constitución, que la reconocen como norma jurídica (suprema); *ergo*, interpretable; así como en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, derivado del artículo 93º de la Constitución.

54. Por otra parte, el Tribunal Constitucional tiene la obligación, de conformidad con el artículo 45º de la Constitución, de actuar con las responsabilidades que ésta exige. Por ello, advertido el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad de una norma puede generar, y la consecuente afectación de los derechos fundamentales que de ella puede derivar, tiene el deber —en la medida de que los métodos interpretativos o integrativos lo permitan— de cubrir dicho vacío normativo a través de la integración del ordenamiento pues, según reza el artículo 139º, inciso 8, de la Constitución, los jueces no pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

De otro lado, dado que en la generalidad de los casos las sentencias aditivas e integrativas, buscan reparar la desigualdad derivada de aquello que se ha omitido prescribir en la disposición sometida a control, el fundamento normativo para declarar la inconstitucionalidad de la omisión descrita, a efectos de entender incluido en el supuesto normativo de la disposición al grupo originalmente discriminado, se encuentra en el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución, que proclama la igualdad ante la ley y proscribire todo tipo de discriminación, en su artículo 200º *in fine*, que reconoce el principio de razonabilidad (principio que transita y se proyecta a la totalidad del ordenamiento jurídico), y en el artículo 51º, que exige la unidad constitucional del ordenamiento jurídico.

55. Sin duda, la jurisdicción no puede legislar desde un punto de vista formal; es decir, no tiene la capacidad de creación jurídica *ex novo* dentro del marco constitucional, pues dicha competencia ha sido reservada constitucionalmente al Congreso (artículos 90º y 102º 1) y, en su caso, al Poder Ejecutivo, a través del dictado de decretos legislativos (artículo 104º) o decretos de urgencia (artículo 188º, inciso 19). Sin embargo, dado que la sentencia constitucional conlleva una función interpretativa (concretizadora) de la Constitución y las leyes, es también fuente de

derecho, pues permite definir con carácter vinculante y efectos generales los alcances normativos de sus disposiciones. Por ello, cuando los artículos 138º, 201º, 202º, inciso 1, y 204º, establecen el control difuso y concentrado de constitucionalidad de las leyes, no reservan a la jurisdicción constitucional solamente garantizar el respeto por la Constitución, sino también, en el marco del proceso constitucional, promocionar y proyectar su postulado normativo (artículos 38º y 45º de la Constitución).

56. De otro lado, las sentencias exhortativas propiamente dichas, en las que el Tribunal Constitucional modula los efectos en el tiempo de sus sentencias de manera tal que el Congreso de la República pueda, por vía legal, adoptar las medidas que eviten las consecuencias inconstitucionales que puedan derivarse de la expulsión de una ley del ordenamiento, no sólo tienen sustento constitucional en el artículo 45º, que exige a este Tribunal medir responsablemente las consecuencias de sus decisiones, sino también en la fuerza de ley de dichas sentencias, prevista en el tercer párrafo del artículo 103º de la Constitución, y, en consecuencia, en los distintos efectos temporales que aquellas pueden alcanzar, sobretodo cuando versan sobre materias específicas, como la tributaria (artículo 74º) y penal (artículo 103º).

57. Es indudable que si el TC no procediera de la forma descrita y, por el contrario, se limitara a declarar la inconstitucionalidad de la norma, sin ningún tipo de ponderación o fórmula intermedia, como la que ofrecen las referidas sentencias, el resultado sería manifiestamente inconstitucional y entonces nos encontraríamos en el escenario de un Tribunal que, con sus resoluciones, fomentaría un verdadero clima de inseguridad jurídica, en nada favorable al Estado social y democrático de derecho. Basta con imaginarse el drama en el que se hubiera situado al Congreso de la República y al propio Poder Judicial si —sin ningún criterio interpretativo o de modulación de efectos en el tiempo— este Tribunal hubiese declarado inconstitucionales, por ejemplo, las normas que, años atrás, regulaban los procesos seguidos contra el terrorismo (STC 0010-2002-AI) o ante la jurisdicción militar (STC 0023-2003-AI).

58. La Constitución normativa no sólo se hace efectiva cuando se expulsa del ordenamiento la legislación incompatible con ella, sino también cuando se exige que todos los días las leyes deban ser interpretadas y aplicadas de conformidad con ella (sentencias interpretativas); cuando se adecua (o se exige adecuar) a éstas a la Constitución (sentencias sustitutivas, aditivas, exhortativas); o cuando se impide que la Constitución se resienta sensiblemente por una declaración simple de inconstitucionalidad, no teniéndose en cuenta las consecuencias que ésta genera en el ordenamiento jurídico (sentencias de mera incompatibilidad).

59. El reconocimiento de que al Parlamento asiste la legitimidad directa del pueblo (artículo 93º de la Constitución), el deber de concebir al ordenamiento jurídico como una proyección unitaria y armónica de los valores constitucionales (artículo 51º de la Constitución) y el deber de la jurisdicción constitucional de actuar “con las limitaciones y las responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen” (artículo 45º de la Constitución), exigen que la sentencia constitucional, no sólo pueda ser una afirmación o negación de la ley, sino también su complemento, de modo tal que, por vía de la interpretación constitucional, se evite, en la medida de lo posible, la

expulsión de la ley del ordenamiento, si de ello se pueden derivar inconstitucionalidades mayores a aquella en la que incurre.

5.5. Los límites de las sentencias interpretativas

60. Aunque la labor interpretativa e integrativa de este Tribunal se encuentra al servicio de la optimización de los principios y valores de la Constitución, tiene también en las disposiciones de ésta a sus límites. Y es que, como resulta evidente, que este Tribunal Constitucional sea el supremo intérprete de la Constitución (artículo 201º y 202º de la Constitución y 1º de la Ley N.º 28301 —Ley Orgánica del Tribunal Constitucional—), en nada relativiza su condición de poder constituido, sometido, como todos, a los límites establecidos en la Constitución.

61. Así como la fuerza normativa de la Constitución (artículo 51º) y las responsabilidades constitucionales con las que deben actuar los poderes públicos (artículo 45º de la Constitución) son las que, en última instancia, otorgan fundamento constitucional al dictado de las sentencias interpretativas e integrativas del Tribunal Constitucional, son, a su vez, las que limitan los alcances y oportunidad de su emisión. De esta manera, y sin ánimo exhaustivo, los límites al dictado de las sentencias interpretativas o integrativas denominadas “manipulativas” (reductoras, aditivas, sustitutivas, y exhortativas) son, cuando menos, los siguientes:

a) En ningún caso vulnerar el principio de separación de poderes, previsto en el artículo 43º de la Constitución. Esto significa que, a diferencia de la competencia del Congreso de la República de crear derecho *ex novo* dentro del marco constitucional (artículos 90º y 102º, inciso a, de la Constitución), las sentencias interpretativas e integrativas sólo pueden concretizar una regla de derecho a partir de una derivación directa de las disposiciones de la Constitución e incluso de las leyes dictadas por el Parlamento “conforme a ellas”. En suma, deben tratarse de sentencias cuya concretización de normas surja de una interpretación o analogía *secundum constitutionem*.

b) No cabe dictarlas cuando, advertida la inconstitucionalidad en la que incurra la ley impugnada, y a partir de una adecuada interpretación del texto constitucional y del análisis de la unidad del ordenamiento jurídico, exista más de una manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar. En dichos casos, corresponde al Congreso de la República y no a este Tribunal optar por alguna de las distintas fórmulas constitucionales que permitan reparar la inconstitucionalidad, en la que la ley cuestionada incurre, por lo que sólo compete a este Tribunal apreciar si ella es declarada de inmediato o se le concede al Parlamento un plazo prudencial para actuar conforme a sus competencias y atribuciones.

c) Sólo cabe dictarlas con las responsabilidades exigidas por la Carta Fundamental (artículo 45º de la Constitución). Es decir, sólo pueden emitirse cuando sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple declaración de inconstitucionalidad residente en la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias para el Estado social y democrático de derecho.

d) Sólo resultan legítimas en la medida de que este Colegiado argumente debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que, a luz de lo expuesto, justifiquen su dictado; tal como, por lo demás, ha ocurrido en las contadas ocasiones en las que este Tribunal ha debido acudir a su emisión (STC 0010-2002-AI, 0006-2003-AI, 0023-2003-AI, entre otras). De este modo, su utilización es excepcional, pues, como se dijo, sólo tendrá lugar en aquellas ocasiones en las que resulten imprescindibles para evitar que se desencadenen inconstitucionales de singular magnitud.

e) La emisión de estas sentencias requiere de la mayoría calificada de votos de los miembros de este Colegiado.

Estos criterios constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Código Procesal Constitucional.

**EXP. N° 0020-2005-PI/TC y EXP. N° 0021-2005-PI/TC
(ACUMULADOS) PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA**

§8. El Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución y efecto vinculante de la sentencia.

156. Tal como ha sido previsto en el artículo 201° de la Constitución, el Tribunal Constitucional es su órgano de control. Ello, desde luego, no significa que a este órgano resulte privativa la defensa de la Carta Fundamental, pues, tal como se encuentra reconocido en su artículo 38°, ese es un deber residente en “todos los peruanos”.

Como ha tenido oportunidad de precisarse,

“en el Estado social y democrático de derecho, la preservación de la constitucionalidad de todo el ordenamiento, no es una tarea que, de manera exclusiva, le competa a este Tribunal, sino que la comparten, *in suo ordine*, todos los poderes públicos.” (STC 0006-2003-AI, Fundamento 1).

En tal sentido, el artículo 201° de la Constitución no confiere a este Colegiado una función exclusiva y excluyente, sino “suprema”. No se trata, pues, de que a este Tribunal le haya sido reservada la “única” interpretación de la Constitución. Simplemente, le ha sido reservada la “definitiva”.

157. De ahí que la independencia que en todo Estado social y democrático de derecho deben gozar los poderes del Estado (vg. la independencia reconocida al Poder Judicial por el artículo 139°3 de la Constitución), no debe ser confundida con la capacidad de someter a la ciudadanía a la más absoluta incertidumbre en relación al contenido vinculante de las normas jurídicas, máxime si se trata de la Norma Fundamental.

El artículo 201° de la Constitución, aunado al derecho fundamental a la igualdad ante la ley (artículo 2°), una de cuyas manifestaciones es la igualdad “en la aplicación de la ley”, y al principio de seguridad jurídica, que se encuentra implícitamente reconocido en la Constitución (Cfr. STC 0016-2002-AI, Fundamento 5), sitúan al Tribunal Constitucional, en lo que a la interpretación constitucional se refiere, en la cúspide del Poder Jurisdiccional del Estado.

158. Es por ello que, en una correcta interpretación de concordancia práctica de los derechos y principios constitucionales involucrados, la condición del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, proyectada desde la propia Carta Fundamental, ha sido reconocida a nivel legislativo. En efecto, el artículo 1° de la Ley N.º 28301 —Ley Orgánica del Tribunal Constitucional—, establece:

“El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de (...) control de la constitucionalidad. (...)”

Por su parte, el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (CPCConst.), dispone:

“Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.”

Mientras que el artículo 82° del CPCConst., dispone que las sentencias del Tribunal Constitucional, recaídas en los procesos de inconstitucionalidad que queden firmes,

“tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación”.

159. En suma, las sentencias dictadas en un proceso de inconstitucionalidad tienen efecto vinculante para todos los poderes públicos, vinculación que, por sus alcances generales, se despliega hacia toda la ciudadanía. En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en su condición de órgano de control de la Constitución (artículo 201° de la Constitución) y órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (artículo 1° de la Ley N.º 28301); considera que en el supuesto de que alguna autoridad o persona, pretenda desconocer los efectos vinculantes de esta resolución, resultará de aplicación el artículo 22° del CPCConst., en el extremo que dispone que para el cumplimiento de una sentencia el juez podrá hacer uso de multas fijas acumulativas, disposición que es aplicable supletoriamente al proceso de inconstitucionalidad en virtud del artículo IX del mencionado cuerpo normativo.

2. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

- **Base Constitucional:** Inexistente
- **Base Legal:** Inexistente
- **Base Jurisprudencial:**

<p style="text-align: center;">EXP. N° 4853-2004-PA/TC DIRECCIÓN REGIONAL DE PESQUERÍA DE LA LIBERTAD</p>

15. Asimismo resulta razonable el uso de un segundo proceso constitucional para restablecer el orden jurídico constitucional y el ejercicio de los derechos fundamentales que pueda verse afectado con una estimatoria de segundo grado, cuando las instancias judiciales actúan al margen de la doctrina constitucional establecida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por doctrina constitucional debe entenderse en este punto: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad. En este caso, conforme lo establece el artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal, no puede ser inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, a menos, claro está, que el Tribunal sólo se haya pronunciado por su constitucionalidad formal; c) las proscripciones interpretativas, esto es las “anulaciones” de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. Se trata en este supuesto de las sentencias interpretativas, es decir las que establecen que determinado sentido interpretativo de una disposición legislativa resulta contrario a la Constitución, por lo que no debe ser usado por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les corresponde.

16. Todo lo anterior no excluye, en todo caso, que los jueces del Poder Judicial, que también son jueces de la Constitución, en la medida en que deben aplicarla como norma suprema del Estado en los casos que conocen, puedan también participar en esta labor de integración e interpretación en aras de dar una mayor y más amplia protección a los derechos fundamentales. En cualquier caso, las relaciones entre la interpretación del Tribunal Constitucional y la que realice el juez ordinario deben orientarse, en estos casos, por el principio de mayor protección y más amplia

cobertura que pueda brindar determinada interpretación en un caso concreto. De este modo, las decisiones del Tribunal Constitucional alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mejor protección a los derechos en cuestión, mientras que, si es posible que en un caso concreto la interpretación realizada por el Tribunal puede ser optimizada con la intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación que objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado.

EXP. N° 0006-2006-PC/TC
PODER EJECUTIVO

69. Por eso mismo, porque su interpretación es suprema, el Código Procesal Constitucional ha reconocido la potestad jurisdiccional de este Tribunal para establecer doctrina jurisprudencial (artículo VI del Título Preliminar) y para fijar precedentes vinculantes con efectos normativos (artículo VII del Título Preliminar); los que, en tanto se integran en el sistema de fuentes de nuestro sistema jurídico, constituyen parámetros de validez y legitimidad constitucionales de las sentencias y resoluciones que dicten los demás órganos jurisdiccionales. Por ello es que una sentencia dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, aun cuando se pronuncie sobre el fondo, pero desconociendo la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, no puede generar, constitucionalmente, cosa juzgada.

3. EL PRECEDENTE VINCULANTE

- **Base Constitucional:** Inexistente. Algunos autores creen encontrar su referencia constitucional en el derecho a la igualdad y otros en la motivación de resoluciones. En nuestra opinión el legislador constituyente no tuvo ni por asomo la idea de esta figura.
- **Base Legal:** Si por base legal entendemos su regulación en una norma legislativa, esta sería también inexistente. Lo que hace el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional es mencionar al precedente constitucional vinculante mas no lo regula. Su estructura, las razones de su creación, sus alcances y los cambios de línea jurisprudencial no lo encontramos en aquella referencia normativa.
- **Base Jurisprudencial:** Al ser el Tribunal Constitucional el destinatario de crear precedentes vinculantes habría sido ideal que su regulación no la realice el mismo supremo intérprete de la Constitución. No es sano. Sin embargo, ante el vacío existente sobre esta figura extrapolada del *common law*, entonces se ha regulado con la siguiente jurisprudencia:

**Exp. N.º 0024-2003-AI/TC – LIMA
MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LURÍN**

Las sentencias en materia constitucional

Estas aluden a aquellos actos procesales emanados de un órgano adscrito a la jurisdicción especializada, mediante las cuales se pone fin a una litis cuya tipología se deriva de alguno de los procesos previstos en el Código Procesal Constitucional. Así, en los casos de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, el fin de su expedición apunta a proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo; en los casos de los procesos de acción popular e inconstitucionalidad su finalidad es la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa; mientras que en los procesos competenciales tiene por objeto resolver los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o la leyes orgánicas que delimitan los ámbitos

propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales.

En suma, permiten cautelar la supremacía jerárquica de la Constitución y la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona. Por ende, rebasan con largueza la satisfacción de un interés particular o de beneficio de un grupo, ya que teleológicamente resguardan los principios y valores contenidos en la Constitución, que, por tales, alcanzan a la totalidad de los miembros de la colectividad política.

Para el cumplimiento de dicho cometido, el Tribunal Constitucional considera necesario estipular que la estructura interna de sus decisiones se compone de los siguientes elementos: la razón declarativa-teológica, la razón suficiente (*ratio decidendi*) la razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*), la invocación preceptiva y la decisión o fallo constitucional (*decisum*).

Al respecto, veamos lo siguiente:

La razón declarativa-axiológica es aquella parte de la sentencia constitucional que ofrece reflexiones referidas a los valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y telológicas insertas en la Constitución.

En ese sentido, implica el conjunto de juicios de valor concomitantes a la interpretación y aplicación de las normas técnicas y prescriptivas de la Constitución, que permiten justificar una determinada opción escogitada por el Colegiado. Ello a efectos de consolidar la ideología, la doctrina y hasta el programa político establecido en el texto *supra*.

La razón suficiente expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional.

En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la *litis*.

Se trata, en consecuencia, del fundamento directo de la decisión; que, por tal, eventualmente puede manifestar la basa, base o puntal de un precedente vinculante.

La razón suficiente (la regla o principio recogida como fundamento) puede encontrarse expresamente formulada en la sentencia o puede ser inferida por la vía del análisis de la decisión adoptada, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas.

La razón subsidiaria o accidental es aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan.

Dicha razón coadyuva *in genere* para proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen. *Ergo* expone una visión mas allá del caso específico; por ende, una óptica global acerca de las aristas de dicha materia.

En efecto, en algunas circunstancias la razón subsidiaria o accidental aparece en las denominadas sentencias instructivas, las cuales se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un amplio desarrollo doctrinario de la figura o institución jurídica que cobija el caso objeto de examen de constitucionalidad. La finalidad de estas sentencias es orientar la labor de los operadores del derecho mediante la manifestación de criterios que pueden ser utilizados en la interpretación jurisdiccional que estos realicen en los procesos a su cargo; amén de contribuir a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos.

Al respecto, son ilustrativas las sentencias de los casos Eleobina Aponte Chuquihuanca [Expediente N.º 2663-2003-HC/TC] y Taj Mahal Discoteque [Expediente N.º 3283-2003-AA/TC].

En la primera de las citadas, de manera pedagógica se precisaron los alcances de los diferentes tipos de hábeas corpus; en tanto que en la segunda se determinó académicamente la procedencia o improcedencia de una acción de garantía con sujeción al tiempo de realización de los actos que requieren tutela constitucional.

Asimismo, el Tribunal Constitucional emplea la razón subsidiaria o accidental en aquellas circunstancias en donde, a través del proceso de conocimiento de una determinada materia constitucional, establece un criterio pro persuasivo o admonitorio sobre posibles determinaciones futuras en relación a dicha materia.

Este pronunciamiento, a modo de *dicta*, permite a los operadores jurisdiccionales y a los justiciables “predecir” o “pronosticar” la futura manera de resolver aquella cuestión hipotética conexas al caso en donde aparece manifestada.

Como bien expone Ana Magatoni Kerpel [*El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: Mc Graw Hill, 2001, pág. 82] esta *dicta* tiene fuerza persuasiva.

Dicho “vigor convincente”, en razón del rango jerárquico de la autoridad que la emite, auspicia que se garantice que en el futuro las decisiones de los órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores no sean revocadas; o que los justiciables puedan prever las consecuencias de determinadas conductas dentro del marco de una eventual litis de naturaleza constitucional.

Al respecto, puede citarse la sentencia del caso Eusebio Llanos Huasco [Expediente N.º 976-2001-AA/TC], en donde se expusieron las consideraciones del Tribunal Constitucional relacionadas con las modalidades de despido laboral que generarían readmisión en el empleo.

La invocación preceptiva es aquella parte de la sentencia en donde se consignan las normas del bloque de constitucionalidad utilizadas e interpretadas, para la estimación o desestimación de la petición planteada en una proceso constitucional.

La decisión o fallo constitucional es la parte final de la sentencia constitucional que, de conformidad con los juicios establecidos a través de la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente, la invocación normativa y, eventualmente, hasta en la razón subsidiaria u occidental, precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso objeto de examen constitucional.

En puridad, la decisión o fallo constitucional se refiere simultáneamente al acto de decidir y al contenido de la decisión.

El acto de decidir se encuentra justificado cuando se expone dentro de las competencias asignadas al Tribunal Constitucional; mientras que el contenido de la decisión está justificado cuando se deriva lógica y axiológicamente de los alcances técnicos y preceptivos de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad y de la descripción de ciertos hechos consignados y acreditados en el proceso constitucional.

En suma, la decisión o fallo constitucional constituye el pronunciamiento expreso y preciso, por medio del cual el Tribunal Constitucional estima o desestima el petitorio de una demanda de naturaleza constitucional. En ese contexto, en dicha decisión puede surgir una exhortación vinculante o persuasiva conforme a cánones establecidos en el caso Edgar Villanueva N. y 64 Congresistas de la República [Expediente N.º 0006-2003-AI/TC].

La jurisprudencia constitucional: el precedente constitucional vinculante

La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad.

En ese orden de ideas, el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia.

La competencia del Tribunal Constitucional para determinar un precedente vinculante se encuentra sustentada en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual preceptúa que “(...) las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su

efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

Condiciones del uso del precedente constitucional vinculante

La naturaleza del precedente tiene una connotación binaria. Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En ese contexto, el uso del precedente se sustenta en las condiciones siguientes:

a) Existencia de relación entre caso y precedente vinculante.

En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado.

El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo.

b) Decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada.

La decisión del Tribunal Constitucional de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan para el futuro como precedente vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final; vale decir, que haya puesto fin al proceso.

Más aún, dicha decisión final debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo; es decir, estimándose o desestimándose la demanda.

La consagración de la cosa juzgada comporta que la decisión devenga en irrevocable e inmutable.

El establecimiento de un precedente vinculante no debe afectar el principio de respeto a lo ya decidido o resuelto con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene un precedente vinculante; vale decir, no debe afectar las situaciones jurídicas que gocen de la protección de la cosa juzgada. Por ende, no puede impedir el derecho de ejecución de las sentencias firmes, la intangibilidad de lo ya resuelto y la inalterabilidad de lo ejecutado jurisdiccionalmente.

Dicha restricción también opera en el caso que el Tribunal Constitucional, al amparo de lo previsto en la parte *in fine* del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, resuelva apartarse de un precedente y sustituirlo por otro.

Lo anteriormente expuesto debe ser concordado con lo previsto en los artículos 74° y 103° de la Constitución, y 83° del Código Procesal Constitucional, cuando de por medio existe una declaración de inconstitucionalidad.

El cambio de precedente vinculante

La competencia para el apartamiento y sustitución de un precedente vinculante está sujeta a los tres elementos siguientes:

- a) Expresión de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan dicha decisión.
- b) Expresión de la razón declarativa-teológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión.
- c) Determinación de sus efectos en el tiempo.

Los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante

El Tribunal Constitucional estima que dichos presupuestos son los siguientes:

- a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
- c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.
- d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

En este supuesto, de conformidad con lo establecido en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional debe obligatoriamente expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

El Precedente Vinculante como forma de cubrir una laguna normativa

La función integradora del Tribunal Constitucional permite que, a través de la constitución de un precedente vinculante, se resuelvan las situaciones derivadas de un vacío normativo.

En ese orden de ideas, dicha función verificable mediante la expedición de un precedente vinculante se hace patente cuando, se acredita la ausencia absoluta de norma; cuando, a pesar de la existencia de prescripción jurídica, se entiende que esta se ha circunscrito a señalar conceptos o criterios no determinados en sus particularidades; cuando existe la regulación jurídica de una materia, pero sin que la norma establezca una regla específica para solucionar un área con conflicto coexistencial; cuando una norma deviniese en inaplicable por haber abarcado casos o acarrear consecuencias que el legislador histórico no habría establecido de haber conocido aquellas o sospechado estas; cuando dos normas sin referencia mutua entre

sí –es decir en situación de antinomia indirecta– se contradicen en sus consecuencias jurídicas, haciéndose mutuamente ineficaces; cuando, debido a nuevas circunstancias, surgiesen cuestiones que el legislador histórico no tuvo oportunidad de prever en la norma, por lo que literalmente no están comprendidas en ella, aunque por su finalidad pudieran estarlo de haberse conocido anteladamente; y cuando los alcances de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad no producen en la realidad efectos jurídicos por razones de ocio legislativo.

En relación con lo anteriormente expuesto, debe precisarse que la antinomia indirecta se entiende como la coexistencia de dos normas incompatibles, que tienen la misma validez jerárquica en el tiempo y en el espacio, pero que inspiran consecuencias jurídicas en fines o criterios ideológicos contrapuestos (interés público y seguridad jurídica de los particulares, etc.); en tanto que el ocio legislativo aparece como consecuencia de la omisión, inactividad, inacción o *non facere* por parte de un órgano con competencias legislativas, lo que implica el desobedecimiento al mandato de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad que hubiese establecido que el goce de un derecho o el ejercicio de una competencia queda supeditada a la expedición de una norma reglamentaria. Dicha omisión se constata por el vencimiento del plazo determinado para legislar complementariamente o por el transcurso del plazo razonable para ello.

La aplicación del precedente vinculante

El uso de los efectos normativos y la obligación de aplicación de un precedente vinculante depende de:

- a) La existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emana el precedente.
- b) La existencia de similitudes y diferencias fácticas; las que en el caso de estas últimas no justifican un trato jurídico distinto. Por ende, es factible que a través del razonamiento analógico se extienda la regla del precedente vinculante.

La eficacia prospectiva del precedente vinculante (*prospective overruling*)

El Tribunal Constitucional puede disponer excepcionalmente que la aplicación del precedente vinculante que cambia o sustituya uno anterior opere con lapso diferido (*vacatio sententiae*), a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar una injusticia ínsita que podría producirse por el cambio súbito de la regla vinculante por él establecida, y que ha sido objeto de cumplimiento y ejecución por parte de los justiciables y los poderes públicos.

En efecto, la decisión de otorgar expresa y residualmente eficacia prospectiva es establecida por el Tribunal Constitucional, en aras de procesar constructiva y prudentemente la situación a veces conflictiva entre continuidad y cambio en la actividad jurisdiccional de naturaleza constitucional.

La técnica de la eficacia prospectiva del precedente vinculante se propone, por un lado, no lesionar el ánimo de fidelidad y respeto que los justiciables y los poderes

públicos mostrasen respecto al precedente anterior; y, por otro, promover las condiciones de adecuación a las reglas contenidas en el nuevo precedente vinculante.

Esta decisión de diferir la eficacia del precedente puede justificarse en situaciones tales como el establecimiento de requisitos no exigidos por el propio Tribunal con anterioridad al conocimiento y resolución de la causa en donde se incluye el nuevo precedente; la existencia de situaciones duraderas o de trato sucesivo; cuando se establecen situaciones objetivamente menos beneficiosas para los justiciables, etc.

En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional, al momento de cambiar de precedente, optará, según sean las circunstancias, por establecer lo siguiente:

- a) Decisión de cambiar de precedente vinculante ordenando la aplicación inmediata de sus efectos, de modo que las reglas serán aplicables tanto a los procesos en trámite como a los procesos que se inician después de establecida dicha decisión.
- b) Decisión de cambiar de precedente vinculante, aunque ordenando que su aplicación será diferida a una fecha posterior a la culminación de determinadas situaciones materiales. Por ende, no será aplicable para aquellas situaciones jurídicas generadas con anterioridad a la decisión del cambio o a los procesos en trámite.

Este Colegiado ya ha tenido oportunidad de utilizar la técnica de eficacia prospectiva del precedente vinculante en el caso Juan Carlos Callegari Herazo [Expediente N.º 0090-2004-AA/TC], en donde se estableció con efecto diferido la aplicación de las nuevas reglas relativas al pase a la situación de retiro por causal de renovación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Así, en dicho proceso, fijó lo siguiente: “Este Tribunal anuncia que con posterioridad a la publicación de esta sentencia, los nuevos casos en que la administración resuelva pasar a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional de la situación de actividad a la situación de retiro por renovación de cuadros, quedarán sujetos a los criterios que a continuación se exponen: (...)”.

Cabe recordar que sobre dicha materia, la decisión de diferir la aplicación de las nuevas reglas tuvo como justificación el que hasta ese momento tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional habían declarado en innumerables sentencias que el pase a la situación de retiro por causal de renovación estaba sujeto a la regla de discrecionalidad.

En ese contexto, los institutos castrenses, al amparo la sustituida regla, habían venido efectuando dichos procesos.

Los efectos de las sentencias constitucionales con o sin precedente vinculante

De manera genérica, debe precisarse que el cumplimiento y ejecución de las reglas y decisiones contenidas en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional pueden ser observados en función a los efectos personales o temporales que de ellos se derivan.

En cuanto a los efectos personales, estos pueden ser directos o indirectos.

Los efectos directos de la sentencia se producen para las partes vinculadas al proceso constitucional, frente al cual la sentencia expedida pone fin a la litis.

Los efectos indirectos se producen para la ciudadanía en general y los poderes públicos. En ese contexto, los citados quedan “atados”, en su comportamiento personal o funcional, a las reglas y decisiones que una sentencia constitucional declare como precedente vinculante.

En relación a los efectos en el tiempo, estos pueden ser irretroactivos, retroactivos o de aplicación diferida.

Como se ha referido anteriormente, la aplicación diferida se determina en una sentencia con *vacatio sententiae*; es decir, las consecuencias jurídicas de una decisión se suspenden durante algún tiempo, atendiendo a la necesidad de prever las derivaciones políticas, económicas o sociales que ello alcance. Al respecto, no debe olvidarse que todo Tribunal Constitucional tiene la obligación de aplicar el principio de previsión mediante el cual se predetermina la totalidad de las “consecuencias” de sus actos jurisdiccionales. En ese sentido, los actos jurisdiccionales (tras la expedición de una sentencia) deben contener el augurio, la proyección y el vaticinio de una “mejor” realidad político-jurídica y la cancelación de un otrora “mal”. En ese contexto, el efecto diferido evita el hecho de corregir un mal creando otro mal, el cual es evitable por la vía de la suspensión temporal de los efectos de una sentencia con precedente vinculante.

Los efectos diferidos se manifiestan en los denominadas sentencias exhortativas y en los casos de sentencias con precedente vinculante de eficacia diferida (*prospective overruling*).

Respecto a la aplicación con efectos irretroactivos o retroactivos, cabe señalar lo siguiente:

- a) Las sentencias sobre demandas de inconstitucionalidad, cumplimiento y conflictos competenciales, en principio, se aplican con efectos irretroactivos; esto es, tienen alcances *ex nunc*.
- b) Las sentencias sobre demandas de hábeas corpus, amparo y hábeas data se aplican con efectos retroactivos; ya que su objeto es reponer las cosas al estado anterior a la violación de un derecho constitucional; es decir, tienen alcances *ex tunc*.
- c) Las sentencias en los casos de procesos de inconstitucionalidad, en donde se ventile la existencia de violación de los principios constitucionales tributarios contenidos en el artículo 74° del texto *supra*, deben contener la determinación sobre sus efectos en el tiempo; e igual previsión debe efectuarse respecto de las situaciones judiciales mientras estuvo en vigencia la norma declarada inconstitucional. Entonces, cabe la posibilidad de que se establezca la aplicación del principio de retroactividad.

En consecuencia puede tener efectos *ex tunc*.

Al respecto, cabe recordar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional en relación a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 38.1, 39°, Primera y Segunda Disposición Transitoria de la Ley N.º 27153 [Expediente N.º 009-2001-AI/TC], en donde de manera específica resolvió lo pertinente a las situaciones jurídico-tributarias producidas mientras estuvo en vigencia la citada ley.

d) Las sentencias en materia constitucional no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado normas declaradas inconstitucionales, salvo en materia penal o tributaria, conforme a lo dispuesto en los artículos 103° y 74° de la Constitución.

En ese contexto, éstas pueden tener efectos *ex tunc*.

EXP. N.º 3741-2004-AA/TC – LIMA RAMÓN HERNANDO SALAZAR YARLENQUE

§7.1. La distinción entre jurisprudencia y precedente

42. La incorporación del precedente constitucional vinculante, en los términos en que precisa el Código Procesal Constitucional, genera por otro lado, la necesidad de distinguirlo de la jurisprudencia que emite este Tribunal. Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N.º 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.

43. Por otro lado, con objeto de conferir mayor predecibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente, en su artículo VII del título preliminar, al establecer que “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la Sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)”. De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto.

§7.2. Condiciones del uso del precedente

44. De esto se desprende que el precedente es una técnica para la ordenación de la jurisprudencia permitiendo al mismo tiempo que el Tribunal ejerza un verdadero poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia deberá ir delimitando paulatinamente. De modo preliminar puede establecerse, sin embargo, que una primera restricción está referida a la relación entre caso y precedente. Como ocurre en los países del *Common Law* “(...)el valor de precedente de una decisión está

determinado por aquello que un juez decide efectivamente en la sentencia. Mas aquello que es efectivamente decidido, está determinado con relación al caso (fatispecie) concreto de la controversia sometida a juicio”

45. En este sentido, este Colegiado considera que esta regla también es válida para nuestro sistema, aun cuando también es verdad que la configuración del caso en nuestro sistema jurídico no siempre se relacione con hechos concretos sino con la evaluación en abstracto de normas, como ocurre en el caso del control de constitucionalidad de la Ley, por ejemplo. Ello, no obstante, no hace que el precedente normativo que este Colegiado externalice, no tenga una directa relación con la cuestión central que deba decidirse porque así ha sido sometido al Tribunal Constitucional. Esto es así, porque, también tratándose del precedente normativo, la legitimidad con que actúa este Colegiado para incursionar en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico está sustentada en la necesidad de dar respuesta a las demandas que han sido planteadas por los entes legitimados para hacerlo. En otras palabras el Tribunal, también cuando dicta “normas” a través de sus sentencias no actúa de oficio, sino atendiendo al llamado de los protagonistas de los procesos constitucionales.

En tal sentido, como ya lo adelantáramos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, la emisión de un precedente normativo vinculante se sustenta en la *“Existencia de relación entre caso y precedente vinculante. En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado. El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo”*.

46. En segundo lugar, como lo ha señalado la tradición del *Common Law*, el precedente debe constituir una regla de derecho y no puede referirse a los hechos del caso, si bien puede perfectamente partir de ellos. En tercer lugar, aunque parezca obvio, la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones; en otras palabras, el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos. El precedente, en estos supuestos, solo aparecerá como resultado de la evolución favorable de la doctrina jurisprudencial del Tribunal en determinado sentido. Esto último supone que el Tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública. Esto implica, por otro lado, una práctica prudente que permite al Tribunal lograr el mayor consenso posible en el uso de esta nueva herramienta, lo cual le permitirá una verdadera potestad normativa, como ya se ha dicho.

§8. La necesaria distinción entre precedente judicial y precedente constitucional

47. Para que una decisión de este Colegiado, planteada en forma de precedente vinculante pueda convertirse en una herramienta útil en la expansión de los efectos de

una sentencia que, en principio, debiera tener solo efectos *inter partes*, resulta necesario establecer la distinción entre los efectos del precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional, y lo que son los efectos del precedente judicial en los sistemas del *Common Law*.

48. Es conocido que el precedente judicial en el sistema del *Common Law* se ha desarrollado como precedente vinculante en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema (para el caso norteamericano) hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial. Osea, el efecto vinculante se establece aquí básicamente respecto de los jueces. Cualquiera que invoque un precedente, para que éste logre sus efectos, deberá acudir ante un juez, quien deberá aplicarlo en un caso concreto.

49. El precedente constitucional en nuestro sistema tiene efectos más generales. La forma como se ha consolidado la tradición de los tribunales constitucionales en el sistema del derecho continental ha establecido, desde muy temprano, el efecto sobre todos los poderes públicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, *prima facie*, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional.



PROPUESTA DE GUÍA DE
ESTUDIO SISTEMÁTICO

PROPUESTA

1. **Ámbito Penal, Procesal Penal y Ejecución Penal**

- a. Doctrina Jurisprudencial Relacionada Anterior al Código Procesal Constitucional
- b. Precedentes Vinculantes en materia Penal, Procesal Penal y Ejecución Penal
- c. Doctrina Jurisprudencial Relacionada Posterior al Código Procesal Constitucional

2. **Ámbito Laboral**

- a. Doctrina Jurisprudencial Relacionada Anterior al Código Procesal Constitucional
- b. Precedentes Vinculantes en materia Laboral
- c. Doctrina Jurisprudencial Relacionada Posterior al Código Procesal Constitucional

3. **Ámbito Previsional**

- a. Doctrina Jurisprudencial Relacionada Anterior al Código Procesal Constitucional
- b. Precedentes Vinculantes en materia Previsional
- c. Doctrina Jurisprudencial Relacionada Posterior al Código Procesal Constitucional

4. **Ámbito Administrativo**

- a. Doctrina Jurisprudencial Relacionada Anterior al Código Procesal Constitucional
- b. Precedentes Vinculantes en materia Administrativa
- c. Doctrina Jurisprudencial Relacionada Posterior al Código Procesal Constitucional

5. Ámbito Parlamentario

- a. Doctrina Jurisprudencial Relacionada Anterior al Código Procesal Constitucional
- b. Precedentes Vinculantes en materia Parlamentaria
- c. Doctrina Jurisprudencial Relacionada Posterior al Código Procesal Constitucional

6. Ámbito Procesal

- a. Doctrina Jurisprudencial Relacionada Anterior al Código Procesal Constitucional
- b. Precedentes Vinculantes en materia Parlamentaria
- c. Doctrina Jurisprudencial Relacionada Posterior al Código Procesal Constitucional

7. Ámbito de Derechos Fundamentales

- a. Doctrina Jurisprudencial Relacionada Anterior al Código Procesal Constitucional
- b. Precedentes Vinculantes en materia de Derechos Fundamentales
- c. Doctrina Jurisprudencial Relacionada Posterior al Código Procesal Constitucional

8. Ámbito arbitral

- a. Doctrina Jurisprudencial Relacionada Anterior al Código Procesal Constitucional
- b. Precedentes Vinculantes en materia Arbitral
- c. Doctrina Jurisprudencial Relacionada Posterior al Código Procesal Constitucional

1. ÁMBITO PENAL, PROCESAL PENAL Y EJECUCIÓN PENAL

a. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA ANTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**EXP. N° 139-2002-HC/TC
LUIS GUILLERMO BEDOYA DE VIVANCO**

CASO

Con fecha seis de diciembre del dos mil uno, don Luis Guillermo Bedoya de Vivanco interpone acción de hábeas corpus contra los Vocales Superiores integrantes de la Sala Penal Especializada en Delitos de Corrupción, doctores Inés Villa Bonilla, Roberto Barandiarán Dempwolf e Inés Tello de Necco, quienes emitieron la Resolución N° 235 del once de octubre del año dos mil uno, confirmando la resolución del veintisiete de julio de dos mil uno emitida por el Primer Juzgado Penal Especial, por considerar que ratificaron de modo arbitrario la detención de la que viene siendo objeto.

Especifica el accionante que con fecha veinte de julio solicitó al Primer Juzgado Penal Especial se variara la medida de detención que venía sufriendo, por la de comparecencia, en base a las pruebas actuadas en el proceso y conforme a las cuales se ha puesto en duda el origen de los fondos aportados en su campaña, lo que ha desvirtuado que los mismos tengan necesariamente carácter público. Por otra parte, ha demostrado que en el mes de junio de mil novecientos noventa y nueve, no era funcionario público, por lo que no puede ser acusado de complicidad en peculado. Ha demostrado, igualmente, que tiene arraigo personal, profesional, económico y político, que carece de antecedentes y se ha presentado a todas las diligencias incluso cuando se ordenó su detención, lo que descarta suponer la existencia de riesgo procesal. Consecuentemente no se da ninguno de los supuestos previstos por el Artículo 135° del Código Procesal Penal, para disponer o mantener su detención. Añade que el citado Juzgado, pese a admitir la existencia de duda razonable en torno a la procedencia del dinero que tenía en su poder el señor Vladimiro Montesinos Torres, dado su origen tanto público como privado, procedió a denegar de manera inconstitucional su libertad, al margen de lo dispuesto en el último párrafo del antes citado dispositivo legal, que establece que el juez puede variar la medida de detención, cuando nuevas pruebas hayan puesto en cuestión la suficiencia de las anteriores. En otras palabras el juzgado aplicó la duda razonable en su perjuicio y no

a su favor, como manda la Constitución. El mismo juzgado, igualmente, no se pronunció tampoco sobre el principal argumento que utilizó al formular su pedido de variación de la detención por comparecencia, y que se refería a la no posibilidad de fuga y de perturbación de la actividad probatoria, tanto más cuando ha sido el propio accionante quien aportó los elementos de prueba dentro del proceso. Por otro lado y cuando se elevó el expediente a la segunda instancia, fue el propio Fiscal quien reconoció que el tema fundamental de dicho proceso era el relativo al origen de los fondos y que sobre ello existía duda, motivo por el que se pronunciaba en favor de su libertad, a parte de admitir la carencia de riesgo procesal en su caso. La Sala emplazada, no obstante lo señalado, no se pronunció sobre ninguno de dichos temas lo que supone una evidente infracción al debido proceso.

El Segundo Juzgado Especializado en Derecho Público de fojas ciento treinta y siete a ciento treinta y nueve, declara improcedente de plano la acción, por considerar que conforme al Artículo 6° inciso 2) de la Ley N° 23506, no proceden las garantías contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular y que, conforme al Artículo 10° de la Ley N° 25398, las presuntas irregularidades cometidas en un proceso deben ser corregidas al interior del mismo, mediante los recursos específicos. Agrega, que el actor pretende utilizar la vía procesal constitucional con la finalidad de enervar un pronunciamiento judicial y que se disponga su libertad, pero que dicha pretensión desnaturaliza el ámbito de protección de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional, por último, ha señalado en diversos casos que no procede el hábeas corpus cuando el accionante tiene instrucción abierta o se haya sometido a juicio por los hechos que originan la acción de garantía.

La Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 7 de enero de 2002, emitida en mayoría, declara igualmente improcedente la acción, por estimar que en materia de acciones de garantía contra resoluciones judiciales que limitan la libertad individual, solo resultan amparables las promovidas contra mandatos emanados de procesos irregulares y que éstos, como lo señala el Tribunal Constitucional, son los que afectan las garantías del debido proceso o alguno de los derechos fundamentales de carácter procesal. El actor, sin embargo, pretende objetar una resolución judicial emanada de un proceso regular por haberle sido desfavorable, cuando de haber detectado alguna anomalía debió recurrir a los recursos que las normas procesales específicas establecen. Contra esta resolución se promueve recurso extraordinario.

FUNDAMENTOS

3. Por otra parte, se aprecia de las resoluciones de primera y segunda instancia que ha existido un rechazo liminar de la demanda, que conllevaría a la reestructuración del proceso por vicios de forma. Sin embargo, este Colegiado opta - como lo ha hecho en casos similares- por prescindir de la fórmula contemplada en la segunda parte del Artículo 42° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435, en consideración a la urgente e inmediata tutela de los derechos constitucionales objeto de reclamación y con la finalidad de evitar una indebida, prolongada e irreparable

afectación al derecho a la libertad individual, opción que le está abierta a este Tribunal.

4. En cuanto al fondo, al peticionario se le revocó el mandato de comparecencia por el de detención, en aplicación del artículo 135° del Código Procesal Penal. Este dispositivo señala que el juez puede dictar mandato de detención cuando atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el Fiscal Provincial sea posible determinar: 1.- que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. 2.- que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad, y, 3.- que existen suficientes elementos para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria. En todo caso, el Juez Penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado, cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida".

Considera el Tribunal que los tres incisos del artículo 135° del Código Procesal Penal deben concurrir copulativamente, a fin que proceda la medida de detención. En el caso de autos, al peticionario se le acusa de haber participado en el delito doloso de peculado, por lo que, para que proceda la detención, deben existir suficientes elementos probatorios de ese delito, y de su participación en él. Sin embargo, durante la actuación de las pruebas, apareció información que disminuye el grado de certeza de las pruebas existentes en un primer momento. En efecto, tanto el Fiscal Superior – en su Dictamen N° 010-01-E, a fojas sesenta y sesenta vuelta- como el juez –en su resolución a fojas treinta y seis y treinta y siete- admiten que no se ha probado si el dinero recibido por el peticionario provenía de fondos públicos o eran de fuente privada. La duda nace, porque parece que Vladimiro Montesinos recibía dinero de ambas fuentes, que confluían en un pozo común.

El delito de peculado, para quedar tipificado, requiere necesariamente, entre otros, el elemento de la calificación de los fondos utilizados como públicos, no pudiendo configurarse el tipo penal si se tratase de dinero de fuente privada: al existir duda razonable en cuanto al origen del dinero recibido por el peticionario, existe también duda en cuanto a la tipificación del delito de peculado y por ende, de la incursión del presente caso en los incisos 1) y 2) del Artículo 135° del Código Procesal Penal, que exigen la comisión de un delito doloso y una pena mayor de cuatro años para que proceda el mandato de detención: debe prevalecer, en consecuencia, el principio constitucional de *in dubio pro reo*. En lo que atañe al requisito establecido en el inciso c) del Artículo 135° del Código Procesal Penal, este Colegiado considera que la conducta del procesado no permite concluir, razonablemente, que al ser puesto en libertad evadirá la acción de la Justicia, pues en autos consta que ha cooperado con las diligencias del proceso, como lo reconoce la propia Fiscalía y que carece de antecedentes penales.

5. En consecuencia, se ha vulnerado el principio del debido proceso, al no meritarse los hechos a la luz de los alcances del artículo 135° del Código Procesal Penal y del principio constitucional *in dubio pro reo*, por lo que se estima razonable la pretensión demandada, sin perjuicio de que las autoridades judiciales ordinarias continúen

desarrollando el proceso penal correspondiente y de que adopten las medidas que juzguen necesarias para garantizar la presencia del accionante en el mismo.

EXP. N° 0010-2002-AI/TC
MARCELINO TINEO SILVA Y MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

CASO

Los demandantes manifiestan que las disposiciones legales que impugnan no sólo transgreden la Constitución actual y los tratados internacionales, sino que violan en el fondo y la forma la Constitución Política del Perú de 1979, vigente a la fecha en que el llamado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional los promulgó.

Además de argumentos políticos, los demandantes refieren que el 5 de abril de 1992 se produjo la quiebra del Estado de Derecho en el Perú; pero que el Decreto Ley N° 25418, dictado en esa fecha, no podía derogar total o parcialmente ni suspender la vigencia de la Constitución de 1979, por mandato de su artículo 307°. Consideran que son nulos todos los actos practicados como consecuencia del golpe de Estado de 5 de abril de 1992, por cuanto la dictadura instaurada en el país arrasó y demolió el ordenamiento jurídico existente. Indican que, en cualquier Estado del mundo, la Constitución es la ley fundamental de la organización política y jurídica y en ella están reconocidos los derechos fundamentales de las personas.

Refieren que durante el Gobierno de Transición, presidido por el doctor Valentín Paniagua Corazao, se expidió la Resolución Suprema N.º 281-2000-JUS que creó la Comisión de Estudio y Revisión de la legislación emitida desde el 5 de abril de 1992 y que por Resolución Ministerial N° 191-2001-JUS, de 8 de junio de 2001, se autorizó la publicación del Informe Final de la citada Comisión, en el cual se expresa:

“Quizá uno de los temas más sensibles durante el régimen precedente en la materia que venimos analizando, es el de la vulneración de principios constitucionales y Derechos Fundamentales a través de la emisión de normas legales de naturaleza penal y, en gran medida, en relación con la lucha antiterrorista. Como resultado de ello, se han expedido ciertas normas que colisionan en forma directa con la Constitución de 1993, además (...) de violar derechos fundamentales de las personas, consagrados no sólo explícitamente por la propia Constitución, sino en forma implícita por la citada norma, y también por Tratados Internacionales de los cuales el Perú también es signatario.”

“Las normas antiterroristas y las que regulan el tema de terrorismo especial, vulneran reiteradamente derechos fundamentales y principios constitucionales consagrados.”

Los demandantes arguyen que los Tratados Internacionales, de conformidad con el artículo 101° de la Constitución de 1979, vigente cuando se expidieron los Decretos Leyes, forman parte del Derecho Nacional y que, igualmente, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la actual Constitución indica que:

“Las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

En cuanto a los Decretos Leyes N.ºs 25475, 25659, 25708 y 25880, los demandantes indican que son inconstitucionales por contravenir en el fondo a la Constitución Política del Perú y no haber sido aprobados, promulgados y publicados en la forma que ella establece; y que contradicen y violan los derechos fundamentales de la persona humana establecidos en la Constitución de 1993 y en los Tratados Internacionales suscritos por el Perú.

Respecto del principio de legalidad sostienen que, en el párrafo “d” del inciso 24) del artículo 2º, la Constitución prescribe: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.” Los demandantes enfatizan que el artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475 define el llamado delito de terrorismo de manera abstracta violando el principio de legalidad. Solicitan que este Tribunal tenga presente, al resolver, el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 1993.

Con relación al Decreto Ley N.º 25659, que tipifica el llamado delito de traición a la patria, en realidad –dicen– no tipifica ninguna figura nueva de delito, no es sino una modalidad agravada del delito de terrorismo establecido en el artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475; y que su objetivo fue trasladar arbitraria e inconstitucionalmente el procesamiento y juzgamiento de civiles al fuero militar, no permitido por la Constitución de 1979, con lo cual también se ha violado el principio de legalidad.

Las modalidades delictivas descritas en los Decretos Leyes N.ºs 25475 y 25659, según los demandantes, están comprendidas indistintamente tanto dentro del delito de terrorismo como del delito de traición a la patria. Consideran que se ha violado, de esa manera, el principio de legalidad previsto en las Constituciones de 1979 y 1993 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. La demanda, también, se funda en el derecho de ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, lo que no podía ocurrir por cuanto los miembros de las Fuerzas Armadas estaban encargados de reprimir y combatir directamente a una de las partes del conflicto armado interno, siendo los militares la otra parte. Agregan que es el Poder Ejecutivo el que nombra a los jueces militares, quienes actúan con sujeción a la obediencia a sus superiores, vulnerándose el principio de que nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal.

Consideran los demandantes que los Decretos Leyes que impugnan impiden el ejercicio del derecho de defensa, que es una garantía constitucional, al no permitir que los abogados defensores patrocinen simultáneamente a más de un encausado, así como el derecho a la presunción de inocencia, por cuanto imponen al Juez Penal que dicte el auto apertorio de instrucción con orden de detención. También sostienen los accionantes que se viola los derechos constitucionales a la jurisdicción

predeterminada por la ley, al debido proceso y la tutela jurisdiccional, a no ser comunicado sino tan sólo por el tiempo necesario, a la pluralidad de instancias, entre otros.

Los demandantes, igualmente, invocan el artículo 8º, inciso 1), del Pacto de San José de Costa Rica y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, en el caso de Jaime Castillo Petruzzi y otros, en que se “Ordena al Estado Peruano adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención en la presente sentencia y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción sin excepción alguna”.

Finalmente, los demandantes estiman que los Decretos Leyes materia de la acción de inconstitucionalidad violan los derechos constitucionales a las libertades de información, expresión, opinión y difusión del pensamiento, de respeto de la integridad física, psíquica y moral de las personas, de privación de la libertad mediante cadena perpetua, por ser inhumana, cruel y degradante, de proporcionalidad de las penas, de negación de los beneficios penitenciarios y del derecho internacional humanitario.

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda, la misma que se limita exclusivamente a solicitar que, revocándose el auto admisorio de la demanda, se declare inadmisibile la acción de inconstitucionalidad presentada. Sostiene que el 24 de junio de 1996, fecha en que quedó constituido el Tribunal Constitucional, el plazo de prescripción de las acciones de inconstitucionalidad era de 6 meses, por lo que, tratándose de decretos leyes publicados antes de dicho mes, el plazo para interponer la demanda contra las normas impugnadas prescribió el 24 de diciembre de 1996.

FUNDAMENTOS

IV. El control de constitucionalidad de los Decretos Leyes expedidos con anterioridad a la Constitución de 1993

9. Los Decretos Leyes aluden a disposiciones de naturaleza jurídica *sui generis* dictadas por un poder de facto que ha reunido para sí –contra lo establecido en el ordenamiento constitucional– las funciones parlamentarias y ejecutivas. Se trata de disposiciones surgidas de la voluntad de operadores del órgano ejecutivo que carecen de título que los habilite para ejercer la potestad legislativa, las mismas que, con prescindencia de las formalidades procesales establecidas en la Constitución, regulan aspectos reservados a la ley. Son, pues, expresiones normativas de origen y formalidad espurios, que, empero, se encuentran amparadas en la eficacia de una acción de fuerza.

§4.1. El problema de la vigencia de los Decretos Leyes

10. El tema del reconocimiento, aplicabilidad y exigibilidad del cumplimiento de los Decretos Leyes es observado, según la doctrina, en función del “tiempo político” que

se vive dentro de una comunidad política. En ese sentido, se plantean dos problemas: la vigencia de los Decretos Leyes durante la existencia de un gobierno de facto y la vigencia y validez de los Decretos Leyes al restaurarse el Estado de Derecho. Como es obvio, corresponde detenerse en el análisis del segundo caso.

11. La doctrina establece que durante el período que sigue a la desaparición de un gobierno de facto, la vigencia de los Decretos Leyes se procesa de conformidad con la teoría de la caducidad, la teoría de la revisión o la teoría de la continuidad.

12. La teoría de la caducidad –que plantea que una vez restaurado el Estado de Derecho, dichas normas dejan *ipso facto* de tener vigencia– no ha tenido aceptación en nuestro país; al extremo de haber sido utilizada una sola vez, a través de la ley del 20 de diciembre de 1895, que declaró inexistentes los actos gubernativos y las leyes aprobadas durante el período 1894-1895.

13. En cambio, la teoría de la continuidad utilizada en amplios momentos de nuestra historia y la teoría de la revisión son las que han permitido afrontar el delicado problema de la vigencia de los Decretos Leyes.

Según la teoría de la continuidad, los Decretos Leyes perviven o mantienen su vigencia –surtiendo todos los efectos legales– no obstante producirse la restauración del Estado de Derecho. Estos solo perderán vigencia en caso de que el Congreso posterior a un gobierno de facto dicte leyes que los abroguen, modifiquen o sustituyan, según el caso.

Esta teoría se sustenta en la necesidad de preservar uno de los fines básicos del derecho: la seguridad jurídica. En el caso de los Decretos Leyes, dicho fin implica resguardar el desenvolvimiento de la vida cotidiana y la de los bienes jurídicos (vida, propiedad, honor, etc.) que se encuentran amparados por ellos, sin mengua de reconocer que este amparo haya sido establecido de manera no formal.

14. En efecto, durante el interregno del Estado de Derecho –como consecuencia de la imposición de un gobierno de facto– surgen inevitablemente relaciones interpersonales reguladas por Decretos Leyes. No aceptar la continuidad de la vigencia *sui generis* de estos, sería abrir un largo, oscuro e inestable “paréntesis jurídico” que dejaría en la orfandad al cúmulo de beneficios, facultades, derechos o prerrogativas nacidos de dicha legislación, así como también quedarían privados de exigencia las cargas públicas, deberes, responsabilidades, penalidades, etc., que el Estado hubiese establecido en su relación con los ciudadanos. Desde ambas perspectivas –la ciudadanía y la organización estatal–, se perpetraría un inmenso perjuicio para la vida coexistencial y la normal marcha del cuerpo político.

15. Así, el desconocimiento a priori y genérico de la totalidad de los Decretos Leyes, luego de restaurarse el Estado de Derecho, generaría incertidumbre, caos, desorden, riesgo y amenaza para las relaciones entre los ciudadanos y entre estos y el Estado.

16. Por su parte, la teoría de la revisión plantea que una vez restaurado el Estado de Derecho, los Decretos Leyes deben ser objeto de un examen de vigencia. Para tal efecto, el Congreso de la República se pronuncia por el mantenimiento o no en el sistema jurídico.

§4.2. Los Decretos Leyes y la impugnación por vicios de forma

17. Dos son las cuestiones adjetivas que se suscitan de la impugnación de los Decretos Leyes N.ºs 25475, 25659, 25708 y 25880:

- a. La competencia del Tribunal Constitucional para juzgar la validez constitucional de los Decretos Leyes en cuanto normas no enunciadas en el inciso 4) del artículo 200.º de la Constitución; y,
- b. Los alcances del control de constitucionalidad en tanto normas anteriores a la Constitución de 1993.

18. Con relación al primer aspecto, el Tribunal Constitucional considera que los Decretos Leyes constituyen un fenómeno *sui géneris*, ya que son producto de la violación de las normas sobre producción jurídica señalada en la Constitución; y mantienen relación con la vida jurídica sólo por las razones expuestas al fundamentar la teoría de la continuidad.

19. En el caso particular de los Decretos Leyes impugnados, la singularidad del problema, más allá de su origen (antes analizado), se centra en la “convalidación” efectuada por la Ley Constitucional de 9 de enero de 1993 y sus alcances.

A juicio del Tribunal Constitucional, tal “convalidación” no debe entenderse en el sentido de que su contenido haya quedado “constitucionalizado” ni que no se pueda intentar reforma legislativa sobre ellas una vez disuelto el CCD, o, a su turno, que hayan quedado inmunes a un control posterior. No sólo porque ese no es el sentido del artículo 2º de la referida Ley Constitucional, sino también porque tales Decretos Leyes deben considerarse como actos con jerarquía de ley y, por lo tanto, susceptibles de ser modificados o derogados por otras de su mismo valor y rango; y, por ende, sujetos al control de la constitucionalidad.

20. Por ello, el Tribunal Constitucional juzga que dicha Ley Constitucional sólo ha tenido el propósito de señalar que se trata de normas que “pertenecen” al ordenamiento jurídico nacional, esto es, que existen, pese a su origen espurio. Sin embargo, la pertenencia de una norma jurídica al ordenamiento no es sinónimo de validez.

21. Por lo demás, esa ha sido la línea jurisprudencial mantenida por este Colegiado desde el inicio de sus actividades. En efecto, el Tribunal no sólo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad constitucional de los Decretos Leyes, pese a que no se encuentran comprendidos entre las normas que señala el inciso 4) del artículo 200º de la Constitución, sino que, además, ha entendido, implícitamente, que las normas comprendidas en dicho dispositivo constitucional sólo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control en una acción de inconstitucionalidad. Por ejemplo, con relación a un Decreto Ley (el N.º 25967), el Tribunal Constitucional dictó ya la sentencia de 23 de abril de 1997, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 del mismo mes (Exp. N.º 007-96-I/TC).

El Tribunal Constitucional es, pues, competente para determinar la constitucionalidad de los Decretos Leyes impugnados, en su condición de órgano de control de la constitucionalidad (art. 1° de la LOTC).

V. Los Decretos Leyes y las cuestiones de orden material

22. Los demandantes han alegado la inconstitucionalidad, desde su origen, de los Decretos Leyes N.ºs 25475, 25659, 25708 y 25880, por cuanto no fueron aprobados y promulgados en la forma establecida por la Constitución de 1979. El Tribunal Constitucional considera, a la luz de lo expuesto precedentemente, que el problema planteado respecto de tales Decretos Leyes no radica tanto en determinar si estos se introdujeron respetándose los límites formales impuestos por la Constitución de 1979, sino en examinar si son compatibles, por el fondo, con la Constitución de 1993.

23. A este respecto, ya se ha precisado que mediante la Ley Constitucional del 9 de enero de 1993 se declaró que los Decretos Leyes expedidos por el gobierno de facto mantenían plena vigencia en tanto no fueran derogados, modificados o revisados, por lo que no puede efectuarse un control formal de constitucionalidad de acuerdo con la Carta de 1979.

Además, al plantearse la demanda de inconstitucionalidad contra dichos Decretos Leyes, ya no se encontraba en vigencia la Constitución de 1979, sino la de 1993. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional considera que sustituido el canon o parámetro de control, cualquier control sobre la legislación preconstitucional debe resolverse conforme a las disposiciones sustantivas previstas por la nueva Constitución, esto es por la Carta de 1993.

24. No obstante no es ajeno al Tribunal Constitucional que, tratándose del control de la legislación preconstitucional, el juicio de compatibilidad entre la Ley anterior (o Decreto Ley) y la Constitución actual, no se resuelve únicamente en un control de validez bajo los alcances del principio de jerarquía, sino, incluso, en uno de mera vigencia. En efecto una vez que entra en vigencia una nueva Constitución, ésta es capaz de derogar tácitamente la legislación “preconstitucional” que se le oponga, pues también en este caso es de aplicación el principio “lex posterior derogat priori”. Sin embargo, lo anterior no impide que, en el seno de una acción de inconstitucionalidad, este Tribunal pueda declarar su inconstitucionalidad en caso de ser incompatible con la nueva Constitución.

25. Es cierto que el supuesto de derogación tácita y la declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional no son operaciones análogas y de efectos similares. Mientras que la primera la realiza el Juez y tiene efectos *inter partes*; la segunda es competencia del Tribunal Constitucional y, en virtud de los efectos de sus sentencias, tiene alcance general –*erga omnes*– y vincula a todos los poderes públicos, incluido obviamente al propio Poder Judicial.

Por lo tanto, habiéndose promovido una acción de inconstitucionalidad contra leyes preconstitucionales, el Tribunal Constitucional es competente para pronunciarse sobre su compatibilidad, por el fondo, con la Constitución de 1993.

§6.2. La legitimidad de las sentencias interpretativas

34. La existencia de toda esta clase de sentencias del Tribunal Constitucional es posible sólo si se tiene en cuenta que, entre “disposición” y “norma”, existen diferencias (Riccardo Guastini, “Disposizione vs. norma”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, pág. 3 y ss.). En ese sentido, se debe subrayar que en todo precepto legal se puede distinguir:

a) El texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal (disposición); y,

b) El contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella (norma).

35. Siendo objeto del examen de constitucionalidad el texto y su sentido normativo, el análisis deberá necesariamente realizarse en el marco de una realidad concreta, tanto jurídica como social, es decir, con la perspectiva analítica del derecho en acción, vivo, y la aplicación específica de la norma.

El Tribunal, por lo demás, enfatiza que el fundamento y la legitimidad de uso de este tipo de sentencias radica en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, a fin de no lesionar el principio básico de la primacía constitucional; además, se deberá tener en cuenta el criterio jurídico y político de evitar en lo posible la eliminación de disposiciones legales, para no propender a la creación de vacíos normativos que puedan afectar negativamente a la sociedad, con la consiguiente violación de la seguridad jurídica. Por tales razones, el Tribunal Constitucional sostiene que dictar en el presente caso una sentencia interpretativa, además, aditiva, sustitutiva, exhortativa y estipulativa, no solamente es una potestad lícita, sino fundamentalmente constituye un deber, pues es su obligación la búsqueda, vigencia y consolidación del Estado Constitucional de Derecho, siempre fundada en los principios y normas constitucionales y los valores que configuran la filosofía jurídico-política del sistema democrático.

VII. La inconstitucionalidad del tipo penal de traición a la patria

38. En este contexto, si la totalidad de los supuestos de hecho descritos en el tipo penal de traición a la patria se asimilan a las modalidades de terrorismo preexistentes; hay, pues, duplicación del mismo contenido. En esencia, el legislador sólo ha reiterado el contenido del delito de terrorismo en el tipo relativo al de traición a la patria, posibilitando con ello que un mismo hecho pueda indistintamente ser subsumido en cualquiera de los tipos penales y que, en su caso, con la elección del tipo penal aplicable, su juzgamiento pueda ser realizado, alternativamente, por los tribunales militares o por la jurisdicción ordinaria.

39. A juicio del Tribunal Constitucional, ello afecta el principio de legalidad penal, ya que da lugar a un inaceptable grado de discrecionalidad del Ministerio Público y las autoridades judiciales, quienes podrían subsumir la comisión de un mismo delito en distintos tipos penales. Ese ha sido también el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sostenido: “(...) las conductas típicas descritas en los Decretos Leyes N.ºs 25475 y 25659 –terrorismo y traición a la patria– (...) podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como de otro, según los criterios

del Ministerio Público y de los jueces respectivos. (...) La imprecisión en el deslinde entre ambos tipos penales afecta la situación jurídica de los inculpados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal de conocimiento y el proceso correspondiente” (Caso Castillo Petruzzi, párrafo 119).

40. Además, el Tribunal Constitucional considera que, en el caso de las disposiciones impugnadas (artículos 1º y 2º del Decreto Ley N.º 25659), es posible detectar un vicio de irrazonabilidad de la ley, ya que mientras el legislador perseguía regular el tipo penal del delito de traición a la patria, sin embargo, al final, terminó regulando –en realidad, repitiendo– el tipo penal del delito de terrorismo. Y todo ello, con el propósito de sustraer a la competencia de los jueces de la jurisdicción ordinaria su juzgamiento, y, al mismo tiempo, modificar el régimen de las penas aplicables.

§8.1. Alcances y límites del principio de legalidad penal (artículo 2.º, inciso 24), literal “d”, de la Constitución)

44. El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el literal “d” del inciso 24) del artículo 2.º de la Constitución Política del Perú, según el cual “*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)*”. Igualmente, ha sido recogido por los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11.º, numeral 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9.º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15.º).

45. El principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal “d” del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea “*expresa e inequívoca*” (*Lex certa*).

46. El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que éste dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre.

Esta exigencia de “*lex certa*” no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible *equivocidad*. Por eso se ha dicho, con razón, que “en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque ésta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje” (CURY URZUA: Enrique: *La ley penal en blanco*. Temis, Bogotá, 1988, p. 69).

47. En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional. (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 257). El grado de indeterminación será inadmisibles, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos. (En este sentido: BACIGALUPO, Enrique: *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Temis. Bogotá, 1989, p.35). Como lo ha sostenido este Tribunal en el Caso “Encuesta a boca de urna” (Exp. N.º 002-2001-AI/TC), citando el Caso Conally vs. General Cons. de la Corte Suprema Norteamericana, “una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad” (Fundamento Jurídico N.º 6).

48. Esta conclusión también es compartida por la jurisprudencia constitucional comparada. Así, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que “*la exigencia de “lex certa” no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada*” (STC 69/1989).

49. En esta perspectiva, el Derecho Penal admite la posibilidad de que existan **tipos abiertos** que, frente a la indeterminación, sobre todo de los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de complementarlos mediante la interpretación.

50. Así resulta del examen del Código Penal promulgado mediante el Decreto Legislativo N.º 635, de 3 de abril de 1991, que usa figuras penales abiertas en los artículos 145.º y 179.º “cualquier otro medio”, 154.º “u otro medio”, 157.º “u otros aspectos”, 161.º “u otro documento de naturaleza análoga”, 170.º, 171.º, 172.º, 173.º, 174.º y 176.º “u otro análogo”, 185.º “o cualquier otra conducta”, 190.º “ otro título semejante”, 192.º “cualquier otro motivo”, 196.º “otra forma fraudulenta”, 198.º “ cualquier medio fraudulento”, el 210º “cualquier otro acto” , 233º, 237º, 253º y 345º “de cualquier manera”, 238º “cualquier medio”, 268º “cualquier artificio”, 273º “cualquier clase”, 276º y 280º “cualquier otro medio análogo”, 277º “otros medios”, 283º “similares”, 330º “cualquier otro móvil innoble”, 393º, 394º, 398º, 398º- A y 400º “cualquier otra ventaja” y 438º “de cualquier otro modo”.

51. El límite de lo admisible, desde el punto de vista constitucional, quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por lo tanto, la complementación ya no sea solo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa (BUSTOS R., Juan: *Introducción al Derecho Penal*. Temis. Bogotá, 1986, p. 62; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima, 1990, p.61).

52. Nuevamente, en la jurisprudencia constitucional comparada se ha legitimado la existencia de esta indeterminación típica con relación a los elementos o conceptos

normativos, los mismos que pueden tener “*un cierto carácter de indeterminación (pues bajo el término “concepto jurídico indeterminado” se incluyen multitud de supuestos), pero debe tenerse en cuenta que no vulnera la exigencia de la lex certa (...) la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia, y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (...)*” (STC de 29 de setiembre de 1997).

§8.2. Examen de constitucionalidad de las normas cuestionadas con relación al principio de legalidad

54. La primera objeción de constitucionalidad que se hace a la norma en análisis radica en que define el delito de terrorismo de manera “*abstracta, general e imprecisa*”. Sobre este particular, debe tenerse presente que tanto las normas jurídicas, en general, como los tipos penales, en especial, tienen, por su propia naturaleza, un carácter abstracto y general; por lo que tales características, *per se*, no vulneran norma constitucional alguna.

55. Diferente es el caso del carácter “*impreciso*” de la norma penal que también se cuestiona; pues, como se ha indicado, el legislador, por mandato constitucional, debe tipificar los delitos de manera expresa e inequívoca, por lo que cabe analizar cada uno de los conceptos cuestionados a fin de verificar si se ha observado esta garantía.

§8.3 Examen de la acción típica

62. Una interpretación que considere que la acción bajo comentario tiene la condición de elemento objetivo resulta atentatoria del principio de culpabilidad, que, como exigencia de la cláusula del Estado de Derecho, se deriva como un principio constitucional implícito que limita la potestad punitiva del Estado. Por ende, no basta la sola afectación o puesta en peligro de determinados bienes jurídicos que el Derecho Penal protege. El principio según el cual “no hay pena sin dolo o culpa” exige que el actor haya actuado con voluntad de afectarlos. Ese criterio está recogido en el artículo 12.º del Código Penal de 1991.

63. Sin embargo, tal omisión de ese elemento subjetivo no es razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de todo el enunciado del artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475, por no preverla o contemplarla. Únicamente cabría declarar la inconstitucionalidad de la “norma implícita”, esto es, del sentido interpretativo que se deriva de la omisión aludida, considerando que, entre “disposición” y “norma”, existen diferencias. Así, mientras que por “disposición” debe entenderse ‘al enunciado de un precepto legal’; por “norma”, en cambio, debe entenderse ‘el sentido o los sentidos interpretativos que de dicho enunciado se puedan derivar’ (Crisafulli, Vezio, “Disposicione e norma”, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIII, 1964, pág. 195 y ss.).

Es decir, es inconstitucional el sentido interpretativo que excluye del tipo cualquier referencia a la responsabilidad o culpabilidad del sujeto. Por lo tanto, los jueces no pueden condenar, al amparo de dicho artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475, a una persona por el solo hecho de que se haya lesionado o puesto en peligro los bienes

jurídicos señalados en la misma disposición legal sin tomar en cuenta el análisis de su culpabilidad.

64. El principio de culpabilidad es una garantía y al mismo tiempo un límite a la potestad punitiva del Estado; por consiguiente, la aplicación del artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475 queda supeditada a que, al infringirse los bienes jurídicos señalados por la norma penal, ello se haya realizado con intención del agente. A mayor abundamiento, la prohibición de que la pena sólo pueda basarse en un tipo de responsabilidad objetiva se encuentra prevista en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, según el cual “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.

65. Por ello, el Tribunal considera que es inconstitucional la norma implícita que se deriva de la frase “El que provoca, crea o mantiene”, en la medida en que no prevé la responsabilidad subjetiva, esto es, la intención del agente como la susceptible de reprocharse penalmente; por lo que tal frase, extendiendo los alcances del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal sobre el artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475, subsistirá con el mismo texto, con el sentido interpretativo antes anotado: “*El que (intencionalmente) provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella (...)*”.

66. Asimismo, el Tribunal Constitucional señala que la formulación subsistente del tipo penal contemplado en el artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475, no afecta tampoco al principio de reserva legal ni, su aplicación para casos pasados, constituye una infracción del principio de irretroactividad de la ley o, acaso, al propio principio de legalidad penal.

67. En efecto, la norma que exige la responsabilidad subjetiva como condición para imponerse una pena, se encuentra comprendida en el ordenamiento penal, de manera que cuando este Tribunal Constitucional adiciona, con la finalidad de reducir los márgenes de aplicación del tipo penal, en realidad no crea nada, sino simplemente se limita a reducir los alcances del supuesto de hecho previsto en la ley penal (*bonam partem*), ya previsto en el ordenamiento, esto es, en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal (Cf. Crisafulli, Vezio, “La Corte Costituzionale ha vent’anni”, en Nicola Occhiocupo, *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent’anni di attività*, Cedam, Padova 1984, pág. 85). Aún así, este Tribunal Constitucional debe señalar que, en la noción de ley, a la cual se refiere el principio de legalidad penal, para reservar la determinación de las hipótesis del delito, incluso, debe considerarse las sentencias del Tribunal Constitucional” que, por su propia naturaleza, tienen valor de ley. (Pizzorusso, Alessandro, “Las sentencias ‘manipulativas’ del Tribunal Constitucional italiano”, en AA.VV. *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981, pág. 292).

70. Un primer aspecto a dilucidar es la adecuación al principio *lex certa* de las “cláusulas de extensión analógica”. Para ello debe distinguirse dos supuestos diferentes: **i)** los casos de integración normativa, en los que, frente a un vacío normativo, el juzgador, utilizando la analogía con otras normas similares, crea una norma jurídica; y, **ii)** aquellos casos de interpretación jurídica en los que existe una

norma, cuyo *sentido literal posible* regula el caso concreto, y el juzgador se limita a delimitar su alcance a través de un razonamiento analógico.

71. La analogía como integración normativa está proscrita en el Derecho Penal por mandato constitucional (artículo 139.º, inciso 9), Constitución). En cambio, sí se reconoce la legitimidad del razonamiento analógico en la interpretación (En este sentido, Hurtado Pozo: *A propósito de la interpretación de la ley penal*. En Derecho N.º 46, PUCP, 1992, p. 89).

Las cláusulas de interpretación analógica no vulneran el principio de *lex certa* cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos. (BACIGALUPO: *El conflicto entre el Tribunal constitucional y el Tribunal Supremo*. En: Revista Actualidad Penal, N.º 38, 2002). Este es precisamente el caso de las cláusulas *sub exámine*, por lo que no atentan contra el principio de *lex certa*.

72. Afirmada la constitucionalidad de las cláusulas en examen, en razón de la no afectación de la *lex certa*, en aras de contribuir con una tutela cabal del principio de legalidad, es importante que este Tribunal Constitucional precise los límites admisibles de interpretación de las cláusulas en examen (*lex stricta*).

En esta perspectiva, del texto de la norma se observa que ambas cláusulas (“*de cualquier índole*” y “*cualquier otro bien y servicio*”) están precedidas de la indicación de diferentes bienes, los que tienen la condición de bienes jurídicos penalmente tutelados por la respectiva normatividad penal. En consecuencia, la interpretación de la cláusula “*contra la seguridad de (...) vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole*” debe limitar su alcance a las conductas constitutivas del delito contra la seguridad pública que afecten a vías o medios de transporte o comunicación.

73. Por las mismas razones, la cláusula “*contra la seguridad de (...) cualquier otro bien o servicio*” debe interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a *bienes o servicios* que posean tutela penal específica en las diferentes modalidades de delitos contra la seguridad pública, previstos en el Título XII del Libro Segundo del Código Penal.

74. Tales pautas interpretativas, una vez más es preciso indicarlo, no afectan el principio de legalidad penal, pues se derivan de la propia formulación del precepto penal impugnado; de manera que, cuando este Tribunal Constitucional adiciona un sentido interpretativo, con la finalidad de reducir los márgenes de aplicación del tipo penal, en realidad no crea nada, sino simplemente se limita a reducir los alcances del supuesto de hecho previsto en la ley penal (*bonam parten*).

75. La norma se refiere a los “*armamentos*” como medio para la comisión del delito de terrorismo. Si bien una lectura superficial podría llevar a incluir dentro del alcance de esta expresión a cualquier instrumento vulnerante o contundente que sirva para causar un daño mayor que el que se podría causar con las manos; sin embargo, la propia norma limita los alcances del término comprendiendo sólo a aquellas armas que sean capaces de “*causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado*”. (Véase

PEÑA CABRERA, *Traición a la Patria y Arrepentimiento Terrorista*. Grijley, Lima, p. 75). Una interpretación que no tenga en consideración la potencialidad dañosa que debe tener el armamento, vulneraría el principio de legalidad.

76. Con relación a la frase “*cualquier otro medio*” puede suscitarse, *prima facie*, algún cuestionamiento, pues, ella individualmente considerada, parecería tratarse de una cláusula indeterminada. Sin embargo, la propia norma permite determinar el contenido de los medios típicos por dos aspectos: en primer lugar, debe tratarse de un medio equivalente a los “*armamentos, materia o artefactos explosivos*” y, en segundo lugar, su idoneidad para “*causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado*”. En ese sentido, el Tribunal Constitucional juzga que una interpretación que extienda la prohibición al uso de cualquier medio, sin consideración a su equivalencia racional con “*armamentos, materias o artefactos explosivos*” y su potencial referido sólo a los casos de grave dañosidad, vulneraría el principio de *lex stricta*.

77. Por todo ello, el Tribunal Constitucional considera que el texto del artículo 2° del Decreto Ley N.° 25475 emite un mensaje que posibilita que el ciudadano conozca el contenido de la prohibición, de manera que pueda diferenciar lo que está prohibido de lo que está permitido. Solo existe indeterminación en el tipo penal en relación con la necesidad de precisar el alcance de la expresión “*actos*” que debe ser entendida como hechos ilícitos, para precisar una más exacta delimitación conceptual. Dentro de los márgenes de indeterminación razonable que contiene esta norma, la aplicación de este dispositivo debe orientarse en el sentido indicado en las pautas interpretativas de esta sentencia, por lo que las interpretaciones que inobserven estas pautas vulneran el principio de legalidad (*lex stricta*).

78. En consecuencia, el artículo 2° de Decreto Ley 25475 subsiste con su mismo texto, el mismo que deberá ser interpretado de acuerdo con los párrafos anteriores de esta sentencia: “*El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años.*”

78bis. Finalmente, el Tribunal Constitucional debe señalar que el delito previsto en el artículo 2° del Decreto Ley N.° 25475, exige necesariamente la concurrencia de los tres elementos o modalidades del tipo penal, además de la intencionalidad del agente. En efecto, como antes se ha descrito, el artículo 2 en referencia establece un tipo penal que incorpora tres elementos objetivos, los cuales deben concurrir necesariamente para la configuración del delito de terrorismo. La falta de uno de ellos, hace imposible la tipificación.

IX. La apología del terrorismo y las libertades de información, expresión, opinión y difusión del pensamiento

82. Por su parte, la Constitución Política consagra el derecho a “*las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley*” (artículo 2.º, inciso 4).

Conciérne a este Tribunal examinar la compatibilidad entre las figuras de apología referidas y el derecho constitucional a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento.

83. En este sentido, debe considerarse que las referidas libertades no son absolutas, sino que, por autorización del propio texto constitucional, pueden ser limitadas por ley (“*bajo las responsabilidades de ley*”). La limitación de estos derechos constitucionales solo se justifica si existen otros valores de igual rango que deben ser protegidos.

La apología supone una “*alabanza o argumentos defensores del hecho que se elogia*” (LAMARCA PÉREZ, Carmen: *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 289). “La apología es la exaltación sugestiva, el elogio caluroso, es alabar con entusiasmo” (PEÑA CABRERA, *Traición a la Patria y Arrepentimiento Terrorista*, Grijley, Lima, 1994, p. 97). En consecuencia, los tipos penales en referencia sancionan la manifestación pública en términos de elogio o exaltación de determinadas acciones terroristas tipificadas en el Decreto Ley N.º 25475.

84. Cabe precisar que la apología no consiste en un acto de instigación, pues no busca determinar a otro para que se decida a cometer el delito. La instigación se realiza con relación a un sujeto determinado y para la perpetración de un hecho concreto. En cambio, en el caso de la apología no existe un sujeto concreto receptor del apologista.

De lo expuesto se colige que cuando la conducta consiste en incitar a la comisión de un nuevo delito terrorista, ya sea a través del elogio o de cualquier otra forma directa o indirecta, es de aplicación el tipo penal de incitación previsto en el artículo 6º del Decreto Ley N.º 25475.

85. Si bien la apología no tiene por finalidad provocar nuevas acciones; sin embargo, su dañosidad social radica en que acentúa las consecuencias del terrorismo, contribuyendo a legitimar la acción delictiva y, sobre todo, la estrategia de los propios grupos armados. Ese propósito de legitimación constituye un objetivo fundamental del terrorismo. (LAMARCA PÉREZ, op. cit. 292). Las actividades delictivas cometidas por grupos armados o elementos terroristas crean un peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas y para la subsistencia del orden democrático constitucional (STC 199/1987). La apología del terrorismo no es una conducta irrelevante desde el punto de vista de los bienes jurídicos atacados por esos delitos.

86. Que, en abstracto, el legislador haya previsto como un ilícito penal la apología del terrorismo, no es, *per se*, inconstitucional, toda vez que se persigue, garantiza y protege otros derechos constitucionales, como el libre desenvolvimiento de la personalidad de los estudiantes, a la par que bienes y valores constitucionalmente protegidos, como la

preservación del orden democrático constitucional, sin el cual no sería posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales.

El Tribunal Constitucional, además, destaca el hecho de que la apología del delito está tipificada en el artículo 316º del Código Penal de 1991, que dispone:

“El que, públicamente, hace la apología de un delito o de la persona que haya sido

condenada como su autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si la apología se hace de delito contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra

el Estado y la defensa nacional, o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años.”

87. No obstante, como ya antes este Tribunal Constitucional ha sostenido, siguiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las libertades de información y expresión son consustanciales al régimen democrático-constitucional, pues contribuyen con la formación de una opinión pública libre. En consecuencia, al mismo tiempo de garantizarlas, el Estado está legitimado a reprimir a aquellas conductas que, con su ejercicio, busquen destruir el propio sistema democrático, ámbito natural donde es posible el goce y el ejercicio de todos los derechos fundamentales del ser humano.

Sin embargo, aún en esos casos, la represión penal de esas manifestaciones u expresiones, deben realizarse con el escrupuloso respeto de los límites a los que el *ius puniendi* estatal está sometido, de tal manera que sus efectos intimidatorios no terminen por negar u obstaculizar irrazonablemente el ejercicio de estas libertades preferidas.

88. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 7 del Decreto Ley N°. 25475 y, por extensión, el artículo 1 del Decreto Ley N°. 25880, son inconstitucionales en cuanto tipifican el delito de apología del terrorismo, en su versión genérica y agravada. En efecto, dichos tipos penales no describen con precisión el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella. Ello constituye, por un lado, una infracción al principio de legalidad penal y simultáneamente una violación de la libertad de información y expresión, pues conjuntamente considerados permiten una limitación desproporcionada e irrazonable de dichas libertades.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que, en este supuesto, no es preciso delimitar interpretativamente el supuesto prohibido en ambas disposiciones legales, toda vez que ella es expresión de una innecesaria sobrecriminalización, al encontrarse contemplado dicho ilícito en el artículo 316 del Código Penal, que obviamente queda subsistente.

Finalmente, no es ajeno al Tribunal Constitucional que, detrás de tipos penales de esta naturaleza, en ocasiones se ha pretendido silenciar la expresión de grupos minoritarios u opositores al régimen de turno. Por ello, el Tribunal considera que, en

el resguardo de esta libertades, los jueces del Poder Judicial deben ser especialmente sensibles en su protección, y por lo tanto, deberán aplicar estos tipos penales de conformidad con el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, en el sentido de que lo prohibido es la apología que constituya incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal.

En consecuencia, la aplicación de este artículo 316 del Código Penal ha de realizarse tomando en consideración los criterios de merecimiento de pena en función de la gravedad del hecho. De ahí que no cualquier expresión de opinión favorable sobre un acto terrorista, o su autor, constituya delito; sino que deben respetarse ciertos límites. Estos son:

- a) Que la exaltación se refiera a un acto terrorista ya realizado;
- b) Que cuando la apología se refiera a la persona que haya cometido el delito, esta debe tener la condición de condenada por sentencia firme;
- c) Que el medio utilizado por el apologista sea capaz de lograr la publicidad exigida por el tipo penal, es decir, que debe tratarse de una vía idónea para propalar el elogio a un número indeterminado de personas; y,
- d) Que la exaltación afecte las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso.

X. El derecho al debido proceso

§10.1. El derecho de acceso a la justicia

89. Como ha señalado el Tribunal, detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales (Caso Tineo Cabrera. Exp. N.º 1230-2002-HC/TC). Un planteamiento en contrario conllevaría la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional o derecho de acceso a la justicia reconocido por el artículo 139.º, inciso 3), de la Constitución.

92. Un sentido interpretativo de la norma en cuestión podría desembocar en la idea de que, no obstante la modificación realizada, aún existe una desproporcionada restricción del derecho de acceso a la justicia, pues es difícil concebir sustento en la interposición de una acción de hábeas corpus que no encuentre razón de ser en los hechos que son materia de procedimiento. Con lo cual, aun si existiera afectación del derecho a la libertad individual, si esta afectación se deduce de una irrazonada y desproporcionada valoración de los hechos que dan lugar al procedimiento, no habría lugar a la interposición del hábeas corpus. Evidentemente, así interpretada la disposición, al dejar en estado de indefensión al justiciable, sería inconstitucional.

93. Sin embargo, si se interpreta en el sentido de que el precepto *sub exámine* evita que el detenido, implicado o procesado, a través del hábeas corpus, busque que el juez constitucional, basándose en el análisis de los hechos por los que es procesado, emita juicio en torno a su inocencia o culpabilidad en la causa que se le sigue, la disposición

no es inconstitucional. En efecto, mientras que el primer sentido interpretativo significaría una inaceptable intromisión en una labor que es exclusiva de la jurisdicción penal ordinaria; en cambio, interpretada del segundo modo, el artículo 6°, inciso 4) del Decreto Ley N.º 25659 es compatible con el derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo del artículo 25°, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como este Tribunal Constitucional ha expresado en el Caso Tineo Cabrera antes citado.

§10.2. El derecho al juez natural

a) Juzgamiento de civiles por tribunales militares

95. Independientemente de que este Tribunal ya se haya pronunciado sobre la inconstitucionalidad del delito de traición a la patria, considera ineludible, en primer término, efectuar un análisis del primer párrafo del artículo 173.º de la Constitución. Este precepto establece: “En caso de delitos de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141º sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte”.

96. La doctrina y la jurisprudencia nacional consideran que la norma aludida autorizaría la competencia de la justicia militar para conocer los procesos seguidos contra civiles en los casos de delitos de terrorismo y traición a la patria. Tal criterio, por otra parte, en cierta forma es fiel a lo que en su momento se sostuvo en el Congreso Constituyente Democrático. Aunque no puede dejarse de advertir que, incluso en esos debates, muchos de sus miembros advertían la preocupación de que, pese a tratarse de una norma que pretendía regular una situación coyuntural, ella (el artículo 173º de la Constitución) se incorporase en el corpus de la Constitución. A su juicio, por la naturaleza coyuntural del tema, esta autorización para que militares puedan juzgar a los civiles debió regularse en una disposición transitoria.

97. Sin embargo, más allá de estos antecedentes y de su interpretación histórica, sabido es que, una vez que entra en vigencia la norma, ésta tiene vida propia, por lo que, su interpretación puede (e incluso debe) encontrarse más allá de cuál haya sido la voluntad del legislador al expedirla.

98. También los órganos de protección supranacional de los derechos humanos (tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) han sido especialmente críticos con esta forma de comprender el artículo 173º de la Constitución y, en particular, con su desarrollo y aplicación por la legislación de menor jerarquía.

Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de reiterados pronunciamientos, ha señalado que no es posible que los tribunales militares sean competentes para juzgar a civiles, pues ello lesiona el derecho al juez natural reconocido en el artículo 8.º, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, en la sentencia del 30 de mayo de 1999, la Corte indicó que “el traslado

de competencias de la justicia común a la justicia militar (...) supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de ese carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso” (Caso Castillo Petruzzi. Párrafo 128).

99. De otro lado, en la sentencia del 18 de agosto de 2000, la Corte consideró que: “(...) la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las Fuerzas Armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a dichos grupos” (Caso Cantoral Benavides. Párrafo 114). Según la Corte, cuando las Fuerzas Armadas sean las encargadas de combatir a aquellos individuos que posteriormente son acusados de la comisión de los delitos de traición a la patria o terrorismo, estos no pueden ser, a su vez, competentes para procesarlos y juzgarlos, ya que la primera es una facultad “natural” de la institución castrense, mientras la segunda no.

100. Finalmente, considerando la manera como está legislado el sistema de nombramiento de los jueces militares en el Perú, la Corte cuestionó la independencia de estos en el procesamiento de civiles. En efecto, en la ya aludida sentencia del 30 de mayo de 1999, la Corte señaló que, “de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del Sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares” (Caso Castillo Petruzzi. Párrafo 130). La Corte, asimismo, ha señalado que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están íntimamente vinculadas al Poder Ejecutivo, siendo su Jefe Supremo el Presidente de la República, razón por la que entre ellos existe una relación de obediencia manifiesta, no existiendo motivo por el que se pueda suponer que esta relación desaparezca cuando los miembros de la institución castrense cumplen labores jurisdiccionales.

101. De similar criterio ha sido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que, incluso, en su Informe correspondiente al año 1996 hizo notar sus observaciones con los alcances del artículo 173° de la Constitución, recomendando al Estado peruano su modificación (recomendación N.º 2), por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, de 22 de octubre de 2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, sostuvo que “El derecho internacional de los derechos humanos requiere que, para que el proceso en un tribunal competente, independiente e imparcial sea justo, debe ir acompañado de ciertas debidas garantías que otorgan a la persona una oportunidad adecuada y efectiva de defenderse de los cargos que se le imputan. Si bien el principio rector en todo proceso debe ser siempre el de la justicia y aun cuando puede ser necesario contar con garantías adicionales en circunstancias específicas para garantizar un

juicio justo, se ha entendido que las protecciones más esenciales incluyen el derecho del acusado a la notificación previa y detallada de los cargos que se le imputan; el derecho a defenderse personalmente o mediante la asistencia de abogado de su elección y –en los casos que así lo requiera la justicia– librarse de cargos, así como a comunicarse libre y privadamente con su defensor. Estas protecciones también incluyen un tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa, a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y la obtención de la comparecencia, como testigos, de expertos y otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

102. El Tribunal Constitucional comparte tales preocupaciones. La autorización para que los tribunales militares juzguen a civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo, en efecto, son lesivas del derecho al juez natural.

103. El derecho al juez natural está reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución, según el cual “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley (...)”. La disposición exige que la competencia del juez llamado a conocer el proceso penal deba ser determinado a partir de reglas preestablecidas en base a distintas consideraciones (materia, territorio, grado, etc.), de forma que quede garantizada su independencia (principio que, a su vez, es recogido en el inciso 2) del mismo artículo 139°) e imparcialidad en la resolución de la causa.

Constituye, a la vez de un derecho subjetivo, parte del “modelo constitucional del proceso” recogido en la Carta Fundamental, cuyas garantías mínimas siempre deben ser respetadas para que el proceso pueda tener calidad de *debido*. En ese sentido, considera el Tribunal Constitucional que toda norma constitucional en la que pueda reconocerse algún grado de implicancia en el quehacer general del proceso debe ser interpretada de manera que, aquellas mínimas garantías, recogidas fundamentalmente en el artículo 139° de la Constitución, sean, siempre y en todos los casos, de la mejor forma optimizadas, aun cuando dichas normas establezcan algún criterio de excepción.

104. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si bien el artículo 173° de la Constitución puede ser interpretado en el sentido en que se ha venido efectuando (y que ha cuestionado tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), no es esa la única lectura interpretativa que de dicha cláusula constitucional pueda efectuarse.

En efecto, una interpretación literal del artículo 173° de la Constitución, no incompatible con lo expresado por la Corte Interamericana, es aquella según la cual dicho precepto constitucional, en realidad, no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino solo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

105. Tal interpretación de la norma constitucional de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, por otra parte, exigida por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, exige, pues, no considerar que sean los tribunales militares los facultados para conocer los procesos seguidos contra civiles, aun en los

casos de delitos por terrorismo y traición a la patria, pues ello implicaría una afectación del derecho constitucional al juez natural.

106. En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que las disposiciones del Código de Justicia Militar que pueden ser recogidas por la ley, a efectos de ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria, en ningún caso podrán entenderse como referidas al “órgano”, sino sólo a reglas de procedimiento para ser utilizadas por la justicia ordinaria, y siempre que estas, a su vez, sean acordes con las garantías mínimas del debido proceso previstas en la Constitución.

107. Además, el Tribunal Constitucional considera que esta última posibilidad no debe entenderse como regla general, sino siempre como una hipótesis de naturaleza excepcional, toda vez que, por su propia naturaleza, las disposiciones del Código de Justicia Militar no tienen por finalidad regular –ni siquiera en el procedimiento– los delitos e infracciones cometidos por civiles, sino las cometidas por militares en situación de actividad. Los términos en los que este Tribunal Constitucional ha interpretado este dispositivo constitucional sólo han tenido el propósito de hallarle un sentido hermeneúutico que no sea incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denunciada por la Corte, entre tanto, el legislador adecua el artículo 173.º de la Constitución a la referida Convención.

108. Por ello, el Tribunal Constitucional estima que, incluso al dictarse una ley con el propósito de regular este régimen excepcional sobre la base del primer párrafo del artículo 173.º de la Constitución, su aplicación se encuentra condicionada a que dichas reglas del procedimiento sean compatibles con la Constitución y, de manera particular, con el debido proceso.

c). El derecho a la recusación de los jueces

112. Asimismo, y como es lógico, no basta que el derecho al juez natural sea recogido por los textos constitucionales, sino que es necesario instaurar aquellos institutos que doten a los justiciables de los medios para llevar el uso del derecho al terreno práctico. El instituto de la recusación está destinado justamente a cuestionar la imparcialidad e independencia del juez en la resolución de la causa. Aun cuando exista un abierto reconocimiento constitucional del derecho al juez natural, si se restringiera irrazonablemente la posibilidad de recusar a los jueces del proceso, el ejercicio del derecho no encontraría posibilidad de manifestarse en los hechos.

113. Por eso, el inciso h) del artículo 13.º del Decreto Ley N.º 25475, al proscribir en forma absoluta la posibilidad de recusar a los magistrados y auxiliares de justicia intervinientes en la causa, incurre en una desproporcionada e irrazonable restricción del derecho al juez natural y es también inconstitucional.

§10.3. El Derecho de defensa

b) Inciso f) del artículo 12 del Decreto Ley N.º 25475 y derecho de defensa

119. El Tribunal Constitucional ha señalado que uno de los derechos constitucionales procesales más relevantes es el derecho de defensa, reconocido en el inciso 14) del

artículo 139° de la Constitución. “Por virtud de él se garantiza que las personas, en la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión” (Caso Tineo Cabrera, Exp. N.° 1230-2002-AA/TC).

120. Sin embargo, como expresa el mismo inciso 14) del artículo 139° de la Constitución, no solo se trata de un derecho subjetivo, sino también de un principio constitucional que informa la actividad jurisdiccional del Estado, a la vez que constituye uno de los elementos básicos del modelo constitucional de proceso previsto por nuestra Norma Fundamental.

Uno de sus contenidos es el derecho a comunicarse personalmente con un defensor, elegido libremente, y a ser asesorado por este. Como expresa dicho dispositivo constitucional, se garantiza el “(...) no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...)” y el “derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorado por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”.

121. Si bien una interpretación literal de la primera parte del inciso 14) del artículo 139° de la Constitución parecería circunscribir el reconocimiento del derecho de defensa al ámbito del proceso, una interpretación sistemática de la última parte del mismo precepto constitucional permite concluir que ese derecho a no ser privado de la defensa debe entenderse, por lo que hace al ámbito penal, como comprensivo de la etapa de investigación policial, desde su inicio; de manera que el derecho a ser asesorado por un defensor, libremente elegido, no admite que, por ley o norma con valor de ley, este ámbito pueda reducirse y, en ese sentido, disponerse que el derecho a ser asistido por un profesional del derecho no alcance el momento previo a la toma de la manifestación.

122. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa garantiza que toda persona sometida a detención, policial o judicial, deba ser informada irrestrictamente de las razones que lo promueven, y que, desde su inicio, hasta su culminación, pueda ser asistida por un defensor libremente elegido.

c) Inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley N.º. 25744 y limitación del derecho de defender

126. A primera vista, pareciera que la limitación que establece el inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley N.º 25744 no incide, en realidad, sobre el derecho de defensa, sino, por el contrario, sobre la libertad del ejercicio de la profesión, en este caso, de los profesionales del derecho. La verdad, sin embargo, es que tratándose de una restricción sobre tal libertad, también lo es sobre el derecho de defensa, que si, como antes se ha dicho, también garantiza que el encausado pueda elegir libremente a su defensor, restringe las posibilidades de esa libre elección, en la medida que una vez que el letrado se constituya como defensor de una persona determinada, ya no podrá encargársele y/o aceptar la defensa de otra.

127. Se trata, desde luego, de una limitación del derecho, en un doble sentido: por un lado, al derecho de elegir libremente un abogado, y, por otro, a la libertad en el

ejercicio de la profesión de abogado. En cuanto disposición limitativa del ejercicio de derechos constitucionales, *per se*, no es inconstitucional, pues como ha tenido oportunidad de advertir este Tribunal, en el Estado Constitucional de Derecho, por regla general, no hay derechos cuyo ejercicio pueda realizarse de manera absoluta, pues éstos pueden ser limitados, ya sea en atención a la necesidad de promover o respetar otros derechos constitucionales, ya sea porque su reconocimiento se realiza dentro de un ordenamiento en el cual existen también reconocidos una serie de principios y valores constitucionales.

128. Y es que para que una limitación del derecho no sea incompatible con los derechos constitucionales a los que restringe, ésta debe respetar su contenido esencial. En ese sentido, el Tribunal Constitucional no considera que la limitación sobre el ejercicio del derecho de elegir libremente un defensor afecta su núcleo duro, esto es, la posibilidad de que el encausado en un procedimiento investigatorio, o en un proceso judicial, esté en la capacidad de elegir y, por lo tanto, que no se le imponga un letrado. Y es que si la disposición cuestionada limita las opciones de la elección (el defensor de uno ya no podrá ser elegido por otro), ello, en principio y con carácter general, no genera indefensión, toda vez que tal elección podrá realizarse entre otros letrados.

129. Ese ha sido el mismo criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al sostener, en relación al precepto impugnado, que “La disposición que niega la posibilidad de que un mismo defensor asista a más de un inculcado, limita las alternativas en cuanto a la elección del defensor, pero no significa, *per se*, una violación del artículo 8.2.d. de la Convención” (Caso Castillo Petruzzi, párrafo. 147).

130. No es ajeno a este Tribunal que esa negación de la incompatibilidad, *per se*, del inciso c) del artículo 2º del Decreto Ley N.º 25744 con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede sino entenderse en los alcances generales con los cuales está formulado dicho precepto legal, pero que, en su aplicación concreta, especialmente en un ámbito territorial donde no haya la posibilidad de elección entre diversos profesionales del derecho, por su ausencia, tal aplicación –ya que no la disposición– sí pueda lesionar el derecho en cuestión.

131. Otro tanto cabría, ahora, señalar respecto a la limitación de la libertad de ejercicio de la profesión que, como contenido implícito de la libertad de trabajo, se encuentra reconocida en el inciso 15) del artículo 2.º de la Constitución. Tal libertad de trabajo no puede considerarse vulnerada en su contenido esencial porque, en el ámbito concreto de un tipo especial de delitos, se limite que el profesional en derecho pueda hacerse cargo de la defensa de más de un encausado. Y es que tal limitación, concretamente referida a un único delito, no significa que tal profesional del derecho pueda tenerla para asumir otras figuras delictivas.

No deja de preocupar a este Tribunal, por otro lado, que, so pretexto de la gravedad de ciertos delitos, las medidas bajo análisis puedan extenderse a otras figuras reguladas por el Código Penal. Por ello, considera este Supremo Intérprete de la Constitución, que medidas de esa naturaleza no pueden configurarse como una regla general, sino de manera excepcional y siempre que los fines que con tales medidas se persigan alcanzar sean estrictamente proporcionales con la restricción impuesta.

a) El derecho a la protección jurisdiccional de los derechos, autonomía judicial e interpretación sistemática de la ley procesal penal

134. Con referencia a esta impugnación del artículo 2º, inciso c), del Decreto Ley N.º 25744, considera este Tribunal Constitucional que, en principio, de él no es posible inferir, en ningún modo, que se impida, obstaculice o disuada, que el afectado con la prisión preventiva pueda recurrir la decisión que afecta su libertad locomotora. Este Supremo Intérprete de la Constitución es consciente que, hasta hace poco, en ciertos sectores de la comunidad jurídica nacional prevalecía la idea de que, con excepción del ejercicio de los recursos dentro del mismo proceso penal, el mandato de detención no podía ser cuestionado en otro tipo de procesos y, particularmente, en el ámbito del hábeas corpus. Sin embargo, como ya ha tenido oportunidad de señalar este Tribunal (entre otros, en el Caso Tineo Cabrera, Exp. N.º 1230-2002-HC/TC), el artículo 8.º numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la protección jurisdiccional de todos los individuos y, en consecuencia, nadie puede ser impedido de acceder a un tribunal de justicia para dilucidar si un acto, cualquiera sea el órgano estatal del que provenga, afecta o no sus derechos reconocidos en la Constitución o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pero una cosa es que se haya considerado en ciertos sectores de la comunidad jurídica nacional que determinados actos, como el mandato de detención, no puedan ser objeto de control mediante el hábeas corpus, y otra, muy distinta, que la disposición impugnada lo prohíba *per se*. La primera es un problema de interpretación. La segunda, en cambio, de validez.

135. Distinta es la situación, en cambio, de la alegación sobre la afectación del principio de inocencia que contendría el inciso a) del artículo 13º del Decreto Ley N.º 25475. No tanto por los términos en los que se plantea esa impugnación, esto es, en el sentido de que aquella disposición, al obligar al juez a abrir auto de instrucción con mandato de detención, expresa una “declaratoria de responsabilidad penal”.

A juicio del Tribunal, que el juez dicte el auto de apertura de instrucción no significa que emita una declaración anticipada de responsabilidad penal del procesado. Con dicho acto procesal sólo se abre el proceso penal, en cuyo seno se determinará finalmente si el encausado es o no responsable del delito por el que se le juzga, previo desarrollo del proceso conforme a las reglas del derecho al debido proceso penal. Ese dispositivo, pues, no admite ser interpretado en el sentido que los demandantes lo han hecho, pues no sólo no se infiere ello de su enunciado, sino tampoco de una interpretación de él conforme a la naturaleza de la institución procesal.

136. Sí, en cambio, podrían abrigarse ciertas dudas de inconstitucionalidad si el precepto impugnado se interpretase en sentido literal, tal y como lo han denunciado los demandantes; esto es, en el sentido de que una vez formalizada la denuncia por el representante del Ministerio Público, el juez penal irremediablemente deberá de abrir instrucción, sin posibilidad de calificar si, en cada caso concreto, existen suficientes y objetivos elementos de que, contra quien se abre instrucción, ha cometido un ilícito penal. Pero, en tal supuesto, no es el principio de presunción de

inocencia el que se vería afectado, sino el de autonomía de los jueces, en la medida que un mandato de esta naturaleza no les permitiría realizar un análisis del caso, sino abrir, mecánicamente, la referida instrucción.

137. No obstante, el Tribunal Constitucional considera que una eventual inconstitucionalidad del inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N.° 25475 puede perfectamente ser evitada si, lejos de una interpretación literal, tal dispositivo se interpreta sistemáticamente con el artículo 77.° del Código de Procedimientos Penales. Y, en ese sentido, se entiende que el inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N.° 25475 autoriza al Juez penal abrir la instrucción si es que, formalizada la denuncia penal por el representante del Ministerio Público, concurren los requisitos establecidos en el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, esto es, “si considera que el hecho denunciado constituye delito, que se ha individualizado a su presunto autor y que la acción penal no haya prescrito”, para lo cual “el auto contendrá en forma precisa, la motivación y fundamentos, y expresará la calificación de modo específico del delito o los delitos que se imputan al denunciado...”.

En verdad, en este caso, más que la realización de una interpretación, conforme a la Constitución, del inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N.° 25475 y, por consiguiente, la declaración de inconstitucionalidad de uno de sus sentidos interpretativos, se trata de comprenderlo de acuerdo con los criterios tradicionales de interpretación jurídica y, particularmente, bajo los alcances del denominado criterio de interpretación sistemática. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que no es inconstitucional el inciso a) del artículo 13° del referido Decreto Ley N.° 25475.

b) El mandato de detención y presunción de inocencia

139. Este criterio no es compartido por el Tribunal Constitucional. En efecto, como ya se ha tenido oportunidad de apreciar (así, por ejemplo, en los Casos Grace Riggs, Tineo Cabrera, etc.), el mandato de detención o, lo que es lo mismo, la detención judicial preventiva, no constituye una sanción punitiva, pues se trata, en esencia, de una medida cautelar, de carácter excepcional, cuyo dictado sólo puede decretarse bajo el escrupuloso respeto de las condiciones legales que autorizan su dictado, que, como se sabe, se halla regulado básicamente por el artículo 135° del Código Procesal Penal.

140. El problema, no obstante, aparentemente es otro. Que de una lectura literal de dicho precepto legal pareciera desprenderse la obligación del juez penal, al dictar el auto apertorio de instrucción, y sin tomar en consideración las causas legalmente establecidas en el artículo 135° del Código Procesal Penal, de decretar automáticamente el mandato de detención contra los procesados por el delito de terrorismo. Según este punto de vista, la detención judicial preventiva ya no constituiría una medida cautelar que deba dictarse cuando se ponga en riesgo la actividad probatoria o la misma eficacia del resultado del proceso penal, sino, en realidad, una medida de seguridad, susceptible de dictarse teniendo en consideración la gravedad del delito materia de investigación, que, en el caso de la disposición impugnada, es el delito de terrorismo.

141. Si ese fuera el sentido del inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N.° 25475, esto es, que la detención judicial preventiva se ha de ver legitimada sólo en atención a la naturaleza reprochable y las consecuencias socialmente negativas del delito de terrorismo, ésta sería violatoria del principio de presunción de inocencia, pues como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la justificación de la detención de una persona en base a la peligrosidad o a la naturaleza del delito, “podría incluso considerarse (como) que se le impone un castigo anticipado, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad. Asimismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley” (Informe N° 02/97, párrafo 51).

Y es que la detención preventiva, constituyendo una restricción de la libertad individual pese a que durante el proceso se presume que el encausado es inocente, sólo puede ser dispuesta si, en un asunto determinado, ésta es juzgada indispensable; lo que presupone, consiguientemente, que no se pueda establecer legislativamente el carácter obligatorio de su dictado. Este último criterio se deriva directamente de lo señalado en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “la prisión preventiva de las personas no debe ser la regla general”, pues, como ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ello “sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos”.

142. Sin embargo, más allá de lo que hasta aquí ha expresado este Tribunal Constitucional, al igual que lo ha sostenido respecto a la alegación de violación del principio de autonomía judicial, dicha disposición puede también entenderse en un contexto sistemático, esto es, que la atribución de dictar mandato de detención, regulada por el inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N.° 25475, necesariamente debe entenderse bajo los alcances del artículo 135° del Código Procesal Penal. Desde este punto de vista, la apertura de instrucción penal contra el encausado, eventualmente, podría terminar con el dictado de una medida cautelar, como la detención judicial preventiva, si es que se cumplen los presupuestos legales allí regulados y no porque el juez penal esté obligado a hacerlo.

Y es que, de conformidad con el artículo 7.° numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la validez de la detención judicial preventiva no sólo está condicionada a la observancia del principio de legalidad, esto es, que las causales de su dictado sean previstas en el derecho interno, sino, además, a que dichas razones de justificación se encuentren conformes con la Constitución, ya que nadie puede ser privado de su libertad física “salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Lo que quiere decir que no sólo basta con que las razones que puedan dar origen a la detención judicial preventiva estén señaladas en la ley, sino, además, que ellas se encuentren conformes con la Constitución.

143. En torno a ello, el Tribunal Constitucional debe recordar, especialmente teniendo en consideración los graves problemas ocasionados por las prácticas terroristas en nuestro país durante los últimos años, que además de las razones

previstas en el artículo 135° del Código Procesal Penal, el legislador puede introducir otras razones adicionales para decretar la detención judicial preventiva. En particular, las que tienen que ver con el riesgo de la comisión de nuevos delitos o, excepcionalmente, con la finalidad de preservar el orden público.

No obstante, si se introdujera la primera de las causales de justificación señaladas, no debe olvidarse que, como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad” (Informe N.° 02/97, párrafo 32).

144. Y, en lo que se refiere a la necesidad de preservar el orden público, no debe perderse de vista las especiales advertencias que, sobre el particular, ha efectuado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según las cuales “en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto periodo, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar” (Informe N.° 02/97, párrafo 36).

145. No obstante, como también ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado”, y que, “en todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal” (Informe N.° 02/97, párrafos 36 y 37). En cualquier caso, esta posible extensión de los motivos de justificación de la detención judicial preventiva, a fin de ser considerados judicialmente, previamente requieren ser incorporados a la legislación nacional, por expresa exigencia del artículo 7.° numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según se ha dicho.

146. Más allá de estos dos últimos párrafos, el Tribunal Constitucional considera que el inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N.° 25475 no es, *per se*, inconstitucional, lo que no quiere decir que, en su aplicación, no pueda juzgarse la validez de una detención judicial preventiva que resulte incompatible con la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

§10.5. Medios probatorios

148. En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú.

El derecho a “interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”, como se enuncia en el literal “f”, numeral 2), del artículo 8.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser interpretado conforme a la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

149. Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión.

En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho.

150. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que no puedan establecerse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de armonizarse su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En cualquier caso, la posibilidad de justificar válidamente estos otros límites debe basarse en la necesidad de proteger otros derechos y bienes de la misma clase que aquel que se limita. Como expresa San Martín Castro “*en cuanto se trata de un derecho fundamental, destinado a la protección de todos aquellos que acuden al órgano jurisdiccional en defensa de sus derechos e intereses legítimos, la ley ordinaria no puede impedir la actuación de medios de prueba sustanciales para la defensa, ni priorizar otros intereses o bienes jurídicos, que no tengan expresa relevancia constitucional o igual nivel*” (San Martín Castro, César: “Derecho Procesal Penal”, Volumen I, Grijley, 1999. Pág. 61).

151. Es en este contexto en el que el Tribunal Constitucional considera que debe analizarse los alcances del límite al derecho a la prueba previsto en el artículo 13º, inciso c), del Decreto Ley N.º. 25475. Dicho precepto, como antes se ha recordado, señala que: “En la instrucción y en el juicio no se podrán ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial”.

Se trata, como se observa, de un límite al derecho de interrogar a los testigos que, en concreto, por razón de sus funciones, hayan participado en la elaboración del atestado policial. Es decir, no se trata de una prohibición generalizada para interrogar a los testigos de cargo, cualquiera sea su clase, sino sólo circunscrita a quienes participaron en la elaboración del atestado policial, esto es, a los miembros de la Policía Nacional del Perú.

152. En consecuencia, cabe analizar si tal limitación, por ser irrazonable, no respeta el contenido esencial del derecho reconocido en el literal “f”, numeral 2), del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A juicio del Tribunal Constitucional, dos son cuando menos los sentidos en los que cabe entender tal restricción:

a) Por un lado, impedir, sin más, que los acusados por el delito de terrorismo puedan interrogar a su captores.

b) Restringir tal interrogatorio, pues con ello se persigue proteger la vida e integridad de los miembros de la Policía Nacional del Perú y las de sus familiares.

153. Evidentemente, si la razón para justificar tal limitación se amparase sólo en la primera de las razones, la restricción impuesta al derecho en cuestión sería inconstitucional, por adolecer de razones objetivas y razonables que la justifiquen. No es la misma situación, sin embargo, si se trata de comprender tal limitación con la perspectiva de los fines constitucionales que con ella se persiguen alcanzar y que son expuestos en el apartado “b”, antes enunciado.

Aunque en la acción de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional no considera hechos, pues su razonamiento es abstracto entre la norma con rango de ley impugnada y la Constitución, no ignora la abundante prueba documental existente sobre asesinatos cometidos por los delincuentes terroristas contra miembros de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas que participaron en la lucha contra la subversión.

154. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que, si bien la realización de un proceso con las debidas garantías es un derecho que se debe respetar en toda circunstancia, también lo es que, la limitación de determinados contenidos, como el de interrogar a los que elaboran el atestado policial, se encuentra perfectamente justificada si es que, con tal limitación, el legislador persigue proteger derechos fundamentales tan valiosos como la vida y la integridad personal.

155. No es ajeno a este Tribunal Constitucional lo que, a propósito de este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de expresar, en particular, en el Caso Castillo Petruzzi: “la legislación aplicada al caso imposibilita el derecho a interrogar a los testigos que fundamentaron la acusación contra las supuestas víctimas. Por una parte, se prohíbe el interrogatorio de agentes, tanto de la Policía como de las Fuerzas Armadas, que hayan participado en las diligencias de investigación. Por otra, la falta de intervención del abogado defensor hasta el momento en que declara el inculcado hace que aquél no pueda controvertir las pruebas recabadas y asentadas en el atestado policial. La Corte entiende que la imposición de restricciones a los abogados defensores de las víctimas vulnera el derecho, reconocido por la Convención, de la defensa de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos” (párrafos 153-155).

156. No obstante ello, los fundamentos expuestos por este Tribunal con relación a la validez de la limitación contenida en el artículo 13º del Decreto Ley N.º 25475 no deben entenderse como opuestos a lo declarado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular, por las siguientes razones:

a) El pronunciamiento de la Corte en el sentido indicado se realizó en un caso concreto y no de manera abstracta, donde a la limitación del derecho reconocido en el literal “f”, del numeral 2), artículo 8º de la Convención se sumó la violación del derecho a contar con un defensor desde el momento en que el procesado rindió su manifestación; este último tema sobre el cual el Tribunal antes ha tenido oportunidad

de pronunciarse. Es decir, según la Corte, la violación del artículo 8º, numeral 2), literal “f”, de la Convención se produjo como consecuencia de la vulneración conjunta al derecho a ser asistido por un abogado defensor antes de su manifestación.

b) En nuestro ordenamiento interno, y concretamente, en el proceso penal, no existe el sistema de la prueba tasada o prueba plena, pues conforme a lo dispuesto por el artículo 283º del Código de Procedimientos Penales, existe la libertad de apreciación por el juez de todas las pruebas, la que deberá efectuarse bajo el criterio de conciencia.

157. En ese sentido el atestado policial no tiene, ni ha tenido en el pasado, el carácter de prueba plena. Excepcionalmente, el artículo 62º del mismo cuerpo adjetivo le ha conferido la calidad de elemento probatorio, siempre que en la investigación policial hubiera intervenido el representante del Ministerio Público, en cuyo caso su apreciación se sujeta a la norma anteriormente indicada.

158. En esa medida, el Tribunal Constitucional entiende que la justificación de las limitaciones al derecho en referencia, también impone al juez penal una carga adicional, que se deriva implícitamente de la limitación; es decir, que cualquier sentencia condenatoria que se pudiera expedir no sólo puede sustentarse en la versión del atestado policial, sino que debe ser corroborada con otros tipos o medios de pruebas.

159. Por todo ello, el Tribunal Constitucional considera que la limitación al derecho probatorio establecida por la norma cuestionada, dentro del marco del proceso que regula este tipo de delitos, es razonable, ya que: *i*) atiende a la necesidad de proteger o resguardar los derechos constitucionales de las personas que hayan intervenido en la investigación policial, como su derecho a la vida o integridad física, etc, *ii*) salvo tal limitación, se mantiene incólume la posibilidad de ofrecer y actuar toda la amplia gama de medios probatorios pertinentes; *iii*) conforme ya se mencionó anteriormente, el atestado policial, cuando en la investigación ha intervenido un representante del Ministerio Público, es un elemento probatorio más, lo que no quiere decir que sea el único o que tenga la calidad de prueba plena, pues en su caso éste deberá ser meritudo por el Juez, conjuntamente con los demás medios probatorios, conforme a su criterio de conciencia (artículos 62º y 283º del Código de Procedimientos Penales); y *iv*) si de lo que se trata es cuestionar el contenido del atestado policial a través del interrogatorio a sus autores, la limitación no comprende el derecho de tacha que eventualmente pueden hacerse valer contra él.

160. El Tribunal Constitucional considera necesario señalar, en los casos que corresponda, que las pruebas actuadas en los procesos ante la jurisdicción militar no resultan viciadas o inutilizables por el hecho de que se haya violado el derecho al juez competente. En efecto, la eventual lesión de tal derecho constitucional no afecta de manera automática la validez de los medios de prueba que hubiesen sido recopilados o actuados antes de que se declare la existencia de ese vicio.

161. Existen determinados elementos referidos al tema probatorio, y, específicamente, a la obtención, valoración y actuación de las pruebas en el proceso que deberían ser analizados en cada caso concreto, por lo que, en principio, no correspondería analizar tal temática en una sentencia como la presente, cuyo propósito es realizar un control

en abstracto de la constitucionalidad de las normas impugnadas. Empero, de modo excepcional, y dada la especial trascendencia que la presente sentencia reviste, este Tribunal considera pertinente realizar un breve análisis acerca de la validez de las pruebas a la luz de los casos concretos que pudieran presentarse en el corto plazo.

162. Al respecto es conveniente realizar la diferenciación entre lo que son las fuentes de prueba y los medios de prueba. Según César San Martín (“Efectos Procesales de la Sentencia N.º 1011-2002-HC/TC”, inédito), mientras que las primeras son realidades extra procesales cuya existencia es independiente al proceso, los segundos son actos procesales y por ende constituyen una realidad interna del proceso. De este modo las fuentes de prueba ingresan al proceso para dar lugar a los medios de prueba, pero la nulidad del proceso, dada la diferenciación recién expuesta, sólo puede acarrear la invalidez de los medios de prueba, es decir, la proposición, admisión, práctica y valoración de las pruebas en el proceso, pero no la invalidez de las fuentes de prueba. La validez o invalidez de una fuente de prueba depende exclusivamente de que su obtención se haya llevado a cabo con estricto respeto de los derechos fundamentales.

163. Por último, es pertinente recordar la opinión, respecto a la valoración de la prueba por el Juez penal, que hiciera el ilustre Presidente del Tribunal Constitucional español, trágicamente desaparecido, don Francisco Tomás y Valiente: *“Es muy frecuente el reconocimiento explícito de la necesidad de respetar la valoración de la prueba hecha por el juzgador porque es de su exclusiva incumbencia. Al llevarla a cabo el Juez penal, según su conciencia, o íntima convicción, la comprometida función de fijar los hechos probados, a los que se anuda, en su caso, la calificación penal y los efectos inherentes a ella”*. (“Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 129).

§10.6. El derecho a un proceso que dure un plazo razonable: Art. 1º del Decreto Ley N.º 25708

165. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que, habiéndose declarado la inconstitucionalidad del delito de traición a la patria regulado por el Decreto Ley N.º. 25659, y tratándose el artículo 1º del Decreto Ley N.º. 25708 de una norma cuya finalidad fue establecer un procedimiento conforme al cual se debió juzgar aquel delito, por extensión éste también es inconstitucional, en la medida que, además, prevé un plazo extremadamente breve para la realización del procedimiento investigador, vulnerando así el contenido constitucionalmente protegido del derecho a ser oído con las debidas garantías “dentro de un plazo razonable”, reconocido en el artículo 8º, numeral 1), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

166. En efecto, aunque la duración excesiva de los procesos sea el supuesto más común de violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, tal derecho también garantiza al justiciable frente a procesos excesivamente breves, cuya configuración esté prevista con la finalidad de impedir una adecuada composición de la litis o de la acusación penal. Y es que, como expresa Nicolo Trocker, en afirmación válida, *mutatis mutandis*, “Razonable es un término que expresa una exigencia de equilibrio en el cual estén moderados armoniosamente, por un lado, la instancia de una justicia administrada sin retardos y, por otro, la instancia de una justicia no

apresurada y sumaria” (Trocker Nicolo: “Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali”. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N°. 2, 2001citado, p. 407).

167. El Tribunal Constitucional considera que un proceso concebido con una duración extremadamente sumaria o apresurada, cuyo propósito no sea el de alcanzar que la litis se satisfaga en términos justos, sino ofrecer un ritual formal de sustanciación “de cualquier acusación penal”, vulnera el derecho a un proceso “con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”. El factor razonabilidad aquí no está destinado a garantizar la duración excesiva del proceso, sino a cuestionar la desproporcionada perentoriedad con que éste ha sido configurado por el legislador. Tales alcances del derecho, por lo demás, se derivan directamente del artículo 25°, numeral 1), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención (...)”.

168. En el “Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos”, de fecha 22 de octubre de 2002, la Comisión Interamericana señaló que “Los componentes fundamentales del derecho al debido proceso y a un juicio justo incluyen también el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable. Si bien el concepto de plazo razonable no es fácil de definir, se han articulado ciertos requisitos previos en éste y en otros sistemas de derechos humanos que se consideran necesarios para dar debido efecto a este derecho. Se ha sostenido en particular que el plazo razonable abarca todo el proceso en cuestión, desde el primer acto del proceso hasta que se dicta una sentencia definitiva y firme, incluyendo toda apelación que se hubiere interpuesto”.

§10.7. El derecho de no ser incomunicado

170. Se sostiene que dicho precepto viola el derecho “de toda persona de no ser incomunicada”, ya que dispone “la incomunicación absoluta de los detenidos”, produciéndose “la negación absoluta del derecho de defensa”. Consideran los demandantes que “sólo el juez tiene facultad para disponer la incomunicación de un detenido, pero sólo en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y respetando el derecho que tiene el detenido para comunicarse con su abogado defensor”.

171. Dos son los temas que, a juicio del Tribunal Constitucional, son imprescindibles analizar: a) Los alcances del derecho a no ser incomunicado; y b) la autoridad responsable para disponerla.

172. En lo que atañe al primer aspecto, nuevamente el Tribunal Constitucional ha de recordar que el derecho a no ser incomunicado no es un derecho absoluto, sino susceptible de ser limitado, pues como el mismo literal “g”, inciso 24), del artículo 2° de la Constitución se encarga de precisar, tal incomunicación puede realizarse en los casos indispensables para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. En tal supuesto, “la autoridad está obligada bajo

responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida”.

En consecuencia, no hay un derecho absoluto a no ser incomunicado. Éste puede efectuarse, excepcionalmente, en los casos indispensables, y siempre que con ello se persiga el esclarecimiento de un delito, considerado como muy grave. Además, el Tribunal Constitucional considera que cuando la Constitución alude a la existencia de un “caso indispensable”, con ello exige la presencia de una razón objetiva y razonable que la justifique. Pero, a su vez, sea cual fuere esa base objetiva y razonable, tal incomunicación no puede practicarse para otros fines que no sean el esclarecimiento de un delito, en la forma y plazo que la ley establezca. Como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la incomunicación es una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos” (Caso Suárez Rosero. Ecuador, párrafo 51).

173. En segundo lugar, aunque el literal “g”, inciso 24), del artículo 2° de la Constitución no indique expresamente la autoridad responsable para decretar la incomunicación, el Tribunal Constitucional entiende que ella debe ser efectuada necesariamente por el Juez penal, en tanto que se trata de una medida limitativa de un derecho fundamental.

175. Finalmente, el Tribunal Constitucional considera que con la incomunicación de un detenido por el delito de terrorismo no se afecta el derecho de defensa, ya que conforme se expresa en el segundo párrafo del artículo 2° de la Ley N.° 26447, éste garantiza la participación del abogado defensor en las investigaciones policiales y la entrevista con su patrocinado, la que no podrá limitarse, “aun cuando se hubiera dispuesto la incomunicación del detenido”.

§10.8. El derecho de ser puesto, sin demora, a disposición del juez y el plazo de detención policial

176. Aunque por conexión, ya se haya declarado la inconstitucionalidad de todo el artículo 2° del Decreto Ley N.° 25744, el inciso a) de dicho artículo es inconstitucional también de manera directa, ya que autoriza a que la Policía Nacional del Perú pueda disponer que el plazo de detención se extienda por un “término mayor de quince días”, con la posibilidad de ser prorrogado por un periodo igual a solicitud de la misma Policía, cuando el literal f), inciso 24), del artículo 2° de la Constitución establece un plazo máximo de detención de quince días, tratándose de los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.

§10.9. El derecho a la pluralidad de instancias

177. Se ha cuestionado, asimismo, la violación del inciso 6) del artículo 139° de la Constitución, esto es, el principio de pluralidad de instancias. Alegan los demandantes que dicho principio exige la existencia de “un tribunal superior que funcione ajustado a las garantías del debido proceso, lo que no se cumple por cuanto todas las instancias judiciales están sujetas a la legislación antiterrorista vigente (por lo) que son violatorias del derecho”.

No obstante, los demandantes no precisan qué disposición o disposiciones legales violan tal derecho. Como es obvio, y este Tribunal antes lo ha recordado, una afirmación tan general, como la realizada, que no individualiza la disposición legal que la pueda afectar, impide que este Colegiado pueda realizar pronunciamiento alguno. Si la impugnación se apoya, como parece ser, en que tal violación se produciría como consecuencia de la vigencia de todos los Decretos Leyes y cada una de las materias que allí se regulan, este Tribunal Constitucional se ha pronunciado y seguirá pronunciándose sobre cada uno de los dispositivos impugnados de dichos Decretos Leyes.

XI. La cadena perpetua y la reincorporación del penado a la sociedad

178. Los demandantes cuestionan la validez constitucional de la aplicación de la pena de cadena perpetua, por considerarla incompatible con el numeral 2) del artículo 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 139°, inciso 2), de la Constitución.

179. Al margen de la ardua polémica sobre el tema de los fines de la pena, es claro que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el “régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”, en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

180. Se trata, naturalmente, de un principio constitucional-penitenciario, que no por su condición de tal, carece de eficacia. Comporta, por el contrario, un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas o, por lo que ahora importa rescatar, al establecer el *cuántum* de ellas y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos.

Desde esa perspectiva, el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el *cuántum* de la pena: en efecto, cualquiera sea la regulación de ese *cuántum* o las condiciones en la que ésta se ha de cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” del penado a la sociedad.

181. La única excepción a tal límite constitucional es la que se deriva del artículo 140° de la propia Constitución, según la cual el legislador, frente a determinados delitos, puede prever la posibilidad de aplicar la pena de muerte. Sin embargo, como se deduce de la misma Norma Fundamental, tal regulación ha de encontrarse condicionada a su conformidad con los tratados en los que el Estado peruano sea parte y sobre, cuyos concretos alcances de aplicación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse, en la Opinión Consultiva N.º 14/94, del 9 de diciembre de 1994.

182. A juicio del Tribunal, de las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad.

183. La denominada “cadena perpetua”, en su regulación legal actual, es intemporal; es decir, no está sujeta a límites en el tiempo, pues si tiene un comienzo, sin embargo carece de un final y, en esa medida, niega la posibilidad de que el penado en algún momento pueda reincorporarse a la sociedad.

a) La cadena perpetua y los principios de dignidad y libertad

184. Sin embargo, a juicio del Tribunal Constitucional, el establecimiento de la pena de cadena perpetua no sólo resiente al principio constitucional previsto en el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución. También es contraria a los principios de dignidad de la persona y de libertad.

185. En primer lugar, es contraria al principio de libertad, ya que si bien la imposición de una pena determinada constituye una medida que restringe la libertad personal del condenado, es claro que, en ningún caso, la restricción de los derechos fundamentales puede culminar con la anulación de esa libertad, pues no solamente el legislador está obligado a respetar su contenido esencial, sino, además, constituye uno de los principios sobre los cuales se levanta el Estado Constitucional de Derecho, con independencia del bien jurídico que se haya podido infringir. Por ello, tratándose de la limitación de la libertad individual como consecuencia de la imposición de una sentencia condenatoria, el Tribunal Constitucional considera que ésta no puede ser intemporal sino que debe contener límites temporales.

186. En segundo lugar, este Colegiado considera que detrás de las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen penitenciario, también se encuentra necesariamente una concreción del principio de dignidad de la persona (artículo 1° de la Constitución) y, por tanto, éste constituye un límite para el legislador penal.

Dicho principio, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía.

187. En el ámbito penitenciario, la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena. Sin embargo, y aunque no se exprese, detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del

penado, pues éste termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre el cual -porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado-, tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación.

188. El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir. Pero, en cualquier caso, nunca le puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria. Y es que al lado del elemento retributivo, ínsito a toda pena, siempre debe encontrarse latente la esperanza de que el penado algún día pueda recobrar su libertad. El internamiento en un centro carcelario de por vida, sin que la pena tenga un límite temporal, aniquila tal posibilidad.

Como antes se ha expresado, no sólo anula la esperanza de lograr la libertad. También anula al penado como ser humano, pues lo condena, hasta su muerte, a transcurrir su vida internado en un establecimiento penal, sin posibilidad de poder alcanzar su proyecto de vida trazado con respeto a los derechos y valores ajenos. Lo convierte en un objeto, en una cosa, cuyo desechamiento se hace en vida. La cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano. El Estado Constitucional de Derecho no encuentra justificación para aplicarla, aun en el caso que el penado, con un ejercicio antijurídico de su libertad, haya pretendido destruirlo o socavarlo.

189. El sistema material de valores del Estado de Derecho impone que cualquier lucha contra el terrorismo (y quienes lo practiquen), se tenga necesariamente que realizar respetando sus principios y derechos fundamentales. Aquellos deben saber que la superioridad moral y ética de la democracia constitucional radica en que ésta es respetuosa de la vida y de los demás derechos fundamentales, y que las ideas no se imponen con la violencia, la destrucción o el asesinato. El Estado de Derecho no se puede rebajar al mismo nivel de quienes la detestan y, con sus actos malsanos, pretenden subvertirla. Por ello, si el establecimiento de la pena se encuentra sujeta a su adecuación con el principio de proporcionalidad, tal principio no autoriza a que se encarcele de por vida.

190. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no considera que la inconstitucionalidad de la cadena perpetua lo autorice a declarar la invalidez de la disposición que la autoriza, pues ciertamente tal incompatibilidad podría perfectamente remediarse si es que el legislador introdujese una serie de medidas que permitan que la cadena perpetua deje de ser una pena sin plazo de culminación. Además porque, so pretexto de declararse la inconstitucionalidad de tal disposición, podrían generarse mayores efectos inconstitucionales que los que se buscan remediar. En ese sentido, al tenerse que expedir una sentencia de “mera incompatibilidad” en este punto, el Tribunal Constitucional considera que corresponde al legislador introducir en la legislación nacional los mecanismos jurídicos que hagan que la cadena perpetua no sea una pena sin plazo de culminación.

191. Sobre el particular el Tribunal Constitucional debe de recordar que, actualmente, para supuestos análogos, como es el caso de la cadena perpetua en el Estatuto de la

Corte Penal Internacional, ya se ha previsto la posibilidad de revisar la sentencia y la pena, luego de transcurrido un determinado número de años. Y si bien dicho instrumento normativo no es aplicable para el caso de los sentenciados por los delitos regulados por los decretos leyes impugnados, el legislador nacional puede adoptar medidas de semejante naturaleza a fin de contrarrestar los efectos inconstitucionales de no haberse previsto una fecha de culminación con la pena de cadena perpetua.

192. En ese sentido, debe recordarse que el Estatuto en referencia forma parte del derecho nacional, al haber sido ratificado mediante Decreto Supremo N.º 079-2001-RE, y ella contempla la posibilidad de disponer la reducción de la pena, la que puede efectuarse sólo después de que el recluso haya cumplido las 2/3 partes de la pena o 25 años de prisión en el caso de la cadena perpetua.

193. Por otro lado, también el legislador nacional puede introducir un régimen legal especial en materia de beneficios penitenciarios, de manera que se posibilite la realización efectiva de los principios de dignidad de la persona y resocialización. Ese es el caso, por ejemplo, de la legislación italiana, que, con el objeto de que la cadena perpetua pueda ser compatibilizada con los principios de resocialización y de dignidad de la persona, a través de la Ley N.º 663 del 10 de octubre de 1986 ha posibilitado que, luego de quince años de prisión, el condenado pueda acceder al beneficio de la semilibertad y, luego, a la libertad condicional. Similar situación sucede en la mayoría de países europeos y también en algunos latinoamericanos, como en el caso argentino, donde la pena de cadena perpetua en realidad no es ilimitada, esto es, intemporal, pues como dispuso la Ley N.º 24660, el reo condenado a cadena perpetua goza de libertad condicional a los veinte años, y antes de esta posibilidad, del régimen de salidas transitorias y de semilibertad que pueden obtenerse a los quince años de internamiento. Incluso, puede considerarse la edad del condenado como uno de los factores importantes al momento de establecer los límites temporales.

194. En definitiva, el establecimiento de la pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal, por lo que si en un plazo razonable el legislador no dictase una ley en los términos exhortados, por la sola eficacia de esta sentencia, al cabo de 30 años de iniciada la ejecución de la condena, los jueces estarán en la obligación de revisar las sentencias condenatorias.

XII. Proporcionalidad de las penas.

195. El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya

declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona.

196. Sin embargo, el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena.

En el presente caso, se ha cuestionado la desproporcionalidad de las penas establecidas en el Decreto Ley N.º 25475; esto es, la impugnación de inconstitucionalidad gira sobre uno de los ámbitos de la determinación de la pena. En concreto, sobre la denominada “determinación legal”.

197. En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio, en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del título preliminar del Código Penal, que señala que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)”.

198. El Tribunal Constitucional considera que, en materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador junto los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con las que intenta conseguirlo. En efecto, en tales casos el legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no sólo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución.

199. Corresponde al ámbito del legislador, al momento de determinar las penas, evaluar factores tales como la gravedad del comportamiento o la percepción social relativa a la adecuación entre delito y pena. Mientras que a dicho órgano le corresponde evaluar los elementos y circunstancias antes señaladas y de conformidad con ellas, establecer, entre otros supuestos, las penas aplicables para determinados delitos; al Tribunal Constitucional, en cambio, le corresponde indagar si los bienes o intereses que se tratan de proteger son de naturaleza constitucional y por tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad y, finalmente, juzgar si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma.

201. No comparte, desde luego, tal criterio este Tribunal Constitucional. En efecto, y conforme se ha adelantado en la primera parte de esta sentencia, al Tribunal Constitucional no le cabe duda que el Terrorismo constituye un delito muy grave, como también son muy graves los derechos y bienes constitucionalmente protegidos

que se afectan con su comisión, pues, sin importarle los medios, tiene la finalidad de afectar la vida, la libertad, la seguridad y la paz social, con el objeto de destruir el sistema constitucional.

202. Asimismo manifiestan, sostiene que no se ha establecido ni un máximo ni un mínimo de las penas previstas, por lo que el juzgador las aplica a su libre albedrío, sin tener en cuenta el grado de participación y la responsabilidad del procesado y tampoco las especificaciones contenidas en los artículos 45º y 46º del Código Penal y, dentro de ellas, los móviles que pueda tener el agente sentenciado.

Desde esta última perspectiva, dos son los aspectos que, en relación al tema propuesto, deben señalarse. En primer lugar, que hay que entender la impugnación planteada por los demandantes como referida a los artículos 2º, 3º, literales “b” y “c”, 4º y 5º, del Decreto Ley N.º 25475, pues en los regulados por los artículos subsiguientes sí se han previsto límites máximos y mínimos de las penas. Y, en segundo lugar, que es inexacto que las disposiciones impugnadas no prevean un mínimo de pena, pues conforme se observa de todos y cada uno de los preceptos antes aludidos, allí se indican límites mínimos de pena.

203. Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que la cuestión es: ¿la ausencia de límites máximos es inconstitucional porque afecta el principio de proporcionalidad?

Naturalmente, la absolución de la interrogante en esos términos, parte de un dato previo; esto es, da por supuesto que no existe, como lo alegan los demandantes, un plazo máximo de penas que el juez debe aplicar.

204. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe advertir que, en efecto, en la actualidad no existe un plazo máximo de determinación de la pena. Pero esa inexistencia es sólo temporal, pues debe computarse a partir del día siguiente que este mismo Tribunal (Exp. N.º 005-2001-AI/TC) declaró inconstitucional el Decreto Legislativo N.º 895, cuya Quinta Disposición Final modificó el artículo 29º del Código Penal, que señalaba que tratándose de las penas privativas de libertad temporales, éstas se extendían, con carácter general, entre dos días, como mínimo, a 35 años, como máximo.

Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que la inconstitucionalidad de los preceptos enunciados tiene un carácter temporal, esto es, que se originó a partir del día siguiente en que se publicó la sentencia en mención.

205. No obstante lo anterior, la inconstitucionalidad temporal advertida no está referida a lo que dichas disposiciones legales establecen, sino a la parte en que no prevén los plazos máximos de pena. Por ello, considera el Tribunal que, análogamente a lo que ha sostenido en cuanto al tratamiento de la pena de cadena perpetua, debe exhortarse al legislador para que, dentro de un plazo razonable, cumpla con prever plazos máximos de pena en cada una de la figuras típicas reguladas por los artículos 2º, 3º literales “b” y “c”, 4º y 5º del Decreto N.º Ley 25475.

XIII. La negación de beneficios penitenciarios

207. En el Estado Democrático de Derecho, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, lo cual, conforme a nuestra Constitución Política, artículo 139°, inciso 22), constituye uno de los principios del régimen penitenciario, que, a su vez, es congruente con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala “*el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados*”.

208. Como antes se ha expuesto, no por su condición de principio carece de eficacia, ya que comporta un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas o al momento de establecer el *cuántum* de ellas.

Dentro de las condiciones cómo se ejecutará la pena, se encuentra, desde luego, la posibilidad de que el legislador autorice la concesión de determinados beneficios penitenciarios, pues ello obedece y es compatible con los conceptos de reeducación y rehabilitación del penado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que estos principios suponen, intrínsecamente, la posibilidad de que el legislador pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas que les fueron impuestas, puedan recobrar su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos. La justificación de las penas privativas de libertad es, en definitiva, proteger a la sociedad contra el delito. Tal protección sólo puede tener sentido, “si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo”.

209. Sin embargo, la no concesión de determinados beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de terrorismo u otros de lesa humanidad, no es, *per se*, contrario al inciso 22) del artículo 139° de la Constitución. No se deriva, en efecto, de dicho dispositivo constitucional, un mandato al legislador para que los prevea en la ley, en cuya ausencia, negación u omisión, éste pueda incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.

210. El problema, a juicio del Tribunal Constitucional, se presenta una vez que el legislador los ha previsto para el caso de los condenados por determinados delitos, y, no obstante ello, los niega para los condenados por otros. Pero, en ese caso, el problema de la validez constitucional de la prohibición ya no se deriva de su infracción del artículo 139°, inciso 22, de la Constitución, sino de su conformidad o no con el artículo 2°, inciso 2°, de la misma Constitución, esto es, de su compatibilidad (o no) con el principio de igualdad jurídica.

211. En ese contexto, y recordando una doctrina consolidada por este Tribunal Constitucional, debe señalarse que el principio de igualdad no garantiza que siempre y en todos los casos deba tratarse por igual a todos, sino que las diferenciaciones que el legislador eventualmente pueda introducir, obedezcan a razones objetivas y razonables. Es decir, no está prohibido que el legislador realice

tratamientos diferenciados. Lo que sí está prohibido es que dicha diferenciación en el trato sea arbitraria, ya sea por no poseer un elemento objetivo que la justifique o una justificación razonable que la respalde.

Desde esta perspectiva, independientemente de los que antes se han sostenido en relación a la cadena perpetua, el Tribunal Constitucional no considera que la no concesión de los beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de terrorismo infrinja per se, el principio de igualdad, toda vez que se justifican en atención a la especial gravedad del delito en cuestión y a los bienes de orden público constitucional que, con su dictado, se persiguen proteger.

212. Por otro lado, el Tribunal Constitucional debe de observar que la restricción para acceder a los beneficios penitenciarios no posee carácter general, sino únicamente-está referida a los beneficios previstos en los Códigos Penal y de Ejecución Penal. Lo que no quiere decir que a los sentenciados por delito de terrorismo les esté negado, *a priori*, cualquier eventual beneficio penitenciario, sino sólo los que están establecidos en los citados cuerpos legales, correspondiendo al legislador la posibilidad de regular determinados beneficios penitenciarios de acuerdo con la gravedad de los delitos por los cuales sus beneficiarios hubieran sido condenados.

XIV. El derecho a la nacionalidad

213. El derecho de nacionalidad es el derecho que posee toda persona por el hecho de haber nacido dentro del territorio de la República del Perú, denominándose peruanos de nacimiento. También son peruanos de nacimiento los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad. Son también peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú.

Este derecho está reconocido por el artículo 2º, inciso 21), de la Constitución Política, según el cual toda persona tiene derecho a la nacionalidad y nadie puede ser despojado de ella. El párrafo segundo del artículo 53º de la propia Constitución señala que la nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia expresa ante autoridad peruana.

214. En los instrumentos internacionales suscritos por el Perú también se declara el derecho a la nacionalidad. Así, el artículo XIX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, menciona que: “Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda”. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 15º, indica: “Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. A nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, a su vez, se refiere a este tema en el numeral 3), artículo 20º: “A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad”.

215. Uno de los casos previstos en el artículo 7º del Decreto Ley N.º 25475 es el delito de apología cometido fuera del territorio peruano, caso que va en la misma línea preventivista general, en la que accesoriamente a la pena privativa de libertad se sanciona con la pérdida de la nacionalidad.

216. En nuestro medio, la pérdida de la nacionalidad funciona respecto de los ciudadanos peruanos por nacimiento y extranjeros naturalizados. El artículo 7º del Decreto Ley N.º 25475 parece que ha creado un nuevo tipo de pena, aumentando el catálogo de penas diseñado en el Código Penal. Así los artículos 30º y 31º enumeran los casos de penas. La pérdida de la nacionalidad en tanto pena no se encuentra prevista en dichos artículos.

En conclusión, la pena de pérdida de la nacionalidad es violatoria de lo previsto en la Constitución Política y los tratados internacionales, debiendo declararse su inconstitucionalidad.

XV. El derecho a la integridad personal

217. La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el sólo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución.

218. Como el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia, ningún derecho fundamental es absoluto y, por ello, en determinadas circunstancias son susceptibles de ser limitados o restringidos. No obstante ello, en ningún caso puede ser permitido desconocer la *personalidad* del individuo y, por ende, su dignidad. Ni aun cuando el sujeto se encuentre justificadamente privado de su libertad es posible dejar de reconocerle una serie de derechos o atribuciones que por su sola condición de ser humano le son consustanciales. La dignidad, así, constituye un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover.

219. El respeto al contenido esencial del derecho a la integridad personal, tanto en lo que respecta al ámbito físico como en lo que atañe al ámbito espiritual y psíquico de la persona, transita entre aquellos atributos que constituyen la esencia mínima imperturbable en la esfera subjetiva del individuo. Inclusive en aquellos casos en que pueda resultar justificable el uso de medidas de fuerza, éstas deben tener lugar en circunstancias verdaderamente excepcionales, y nunca en grado tal que conlleven el propósito de humillar al individuo o resquebrajar su resistencia física o moral, dado que esta afectación puede desembocar incluso en la negación de su condición de persona, supuesto inconcebible en un Estado Constitucional de Derecho. Así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer que “todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado contra la dignidad humana”. (Caso Loayza Tamayo, Párrafo 57).

220. Es cierto, que así como el *ius puniendi* del Estado puede manifestarse en distintas intensidades, pues el grado de severidad sancionadora puede variar en proporción directa a la gravedad del delito cometido, también es posible que las condiciones en que el individuo debe cumplir la pena puedan ser distintas en atención a las particulares circunstancias que rodean el caso de cada sentenciado, es decir, en atención al margen de peligrosidad que pueda ser deducido de sus características

personales, su comportamiento, antecedentes penales, especial gravedad del ilícito cometido, etc. No obstante, en ningún caso puede justificarse la degradación del ser humano, de lo contrario el Estado, lejos de actuar como promotor de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139°, inciso 22) de la Constitución), se convertiría en un colaborador del acrecentamiento de la desviación social del condenado, negándole incluso su condición de persona humana.

221. La calificación de una pena como inhumana o degradante y, por lo tanto, como atentatoria del derecho a la integridad personal, depende, en buena cuenta, del modo de ejecución de misma. No puede desatenderse que, aunque proporcional, la simple imposición de la condena ya implica un grado importante de sufrimiento en el delincuente, por ello sería inconcebible que ésta venga aparejada, a su vez, de tratos crueles e inhumanos que provoquen la humillación y envilecimiento en la persona.

Dicho trato inhumano bien puede traducirse en una duración injustificada de aislamiento e incomunicación del delincuente. Siendo el ser humano un ser social por naturaleza, la privación excesiva en el tiempo de la posibilidad de relacionarse con sus pares genera una afectación inconmensurable en la psiquis del individuo, con la perturbación moral que ello conlleva. Dicha medida no puede tener otro fin más que la humillación y el rompimiento de la resistencia física y moral del condenado, propósito, a todas luces, inconstitucional.

222. El artículo 20° del Decreto Ley N.° 25475 dispone que los condenados por terrorismo cumplirán la pena “con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención”. Asimismo, establece que “en ningún caso (...) los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación”. Esta misma línea fue seguida por el inciso b) del artículo 3° del Decreto Ley N.° 25744, declarado anteriormente inconstitucional.

223. El Tribunal Constitucional considera, en atención a lo ya expuesto, que someter a un sentenciado a una pena que suponga el aislamiento absoluto durante el período de un año constituye una medida irrazonable y desproporcionada, constitutiva de un trato cruel e inhumano. Lo propio acontece con la exigencia de mantener al recluso en celdas unipersonales durante todo su período de confinamiento en un centro penitenciario. Por ello, los preceptos referidos, en cuanto consignan dichas medidas, son violatorios del artículo 2°, inciso 1) de la Constitución y del artículo 5°, incisos 1), 2) y 6), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al afectar el derecho a la libertad personal.

XVI. El derecho internacional humanitario y la legislación antiterrorista

227. En principio, desde el punto de vista estrictamente normativo, debe considerarse que la hipótesis fáctica de aplicación de la citada norma es la existencia de un conflicto armado no internacional que haya surgido en el territorio de un país contratante, en cuyo caso, a las partes en conflicto le están prohibidos los actos que ella describe; en ese sentido, en forma previa a cualquier pronunciamiento que se refiera a esta norma, ello requiere de una previa determinación de si los hechos provocados por el accionar de las organizaciones subversivas tienen o no la calidad de conflicto armado, lo que ciertamente al Tribunal Constitucional no le compete; a lo que debe agregarse que las prohibiciones reguladas en la citada norma internacional

están referidas a actos concretos, lo cual tampoco puede ser objeto de pronunciamiento por este Tribunal dentro de la acción de inconstitucionalidad, la ella está sujeta al juicio de constitucionalidad entre dos normas: la constitucional y la norma legal.

228. No obstante, y sin que ello signifique reconocimiento de calidad de conflicto armado, pues se trata simplemente de la represión de un delito reprochable por el ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional advierte que la legislación antiterrorista nacional cuestionada no vulnera las disposiciones de la normativa internacional en referencia, pues no autoriza, a sus agencias del control punitivo, ninguna de las prohibiciones taxativamente establecidas en la citada norma, máxime que en el fundamento precedente (XI de la presente sentencia) se consideró inconstitucional el artículo 20° del Decreto Ley N.º 25475, por cuanto el modo de ejecución de la pena venía aparejada de aislamiento e incomunicación del delincuente, lo que suponía trato cruel e inhumano.

EXP. N° 2488-2002-HC/TC
GENARO VILLEGAS NAMUCHE

CASO

La recurrente, con fecha 2 de setiembre de 2002, interpone acción de hábeas corpus a favor de su hermano, Genaro Villegas Namuche, por la violación de sus derechos a la vida, al debido proceso, a la legítima defensa y a la libertad individual. Solicita que se obligue al Estado peruano a devolver con vida a su hermano o informar dónde se encuentran sus restos mortales, y la anulación del proceso penal que se le siguió en el Fuero Militar, en el cual se le condenó, en ausencia, a cadena perpetua por delito de traición a la patria. Refiere que el beneficiario de la presente acción de garantía, estudiante de la Facultad de Ingeniería de Minas de la Universidad Nacional de Piura, el día 2 de octubre de 1992 salió a trabajar, y que nunca más se le volvió ver. Asimismo, afirma que al día siguiente, hombres armados y encapuchados, en número de veinte, bajaron de carros portatropa e ingresaron violentamente a su domicilio, forzando la puerta, en busca de material subversivo. Sostiene que ante estos hechos decidió acudir a la Prefectura para pedir garantías, las cuales le fueron negadas, y que los abogados que contrataba fueron progresivamente detenidos.

El Séptimo Juzgado Penal de Piura, con fecha 4 de setiembre de 2003, declaró fundada la demanda, disponiendo la nulidad del proceso penal seguido contra el beneficiario en el Fuero Militar.

La Primera Sala Penal de Piura, con fecha 13 de setiembre de 2002, confirmó la apelada e, integrándola, declaró inadmisibile el extremo en que se solicita la entrega con vida del beneficiario de la acción de garantía o se indique el lugar donde descansan sus restos, por considerar que no se ha acreditado fehacientemente su desaparición o ausencia, de conformidad con lo prescrito por los artículos 47° y 66° del Código Civil.

FUNDAMENTOS

§2. La desaparición forzada de personas

2. Los hechos denunciados por la recurrente constituyen en doctrina la figura denominada desaparición forzada. Según la Convención Americana sobre la Desaparición Forzada de Personas, ésta consiste en la “privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.

3. La práctica de la desaparición forzada atenta contra diversos derechos fundamentales. Además de violar la libertad locomotora, impide interponer los recursos legales que permitan proteger los derechos conculcados, lesionando, así, el derecho de acudir a un tribunal a fin de que se decida, a la brevedad, sobre la legalidad de la detención, (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.4 y Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 7.6). Asimismo, implica, generalmente, actos de tortura y tratos inhumanos y degradantes, por lo que también afecta el derecho a la integridad personal. De igual manera, esta práctica criminosa supone, con frecuencia, la ejecución extrajudicial de los detenidos, y el posterior ocultamiento de sus cadáveres. Lo primero lesiona el derecho a la vida, mientras que lo segundo procura la impunidad del hecho. Así lo ha entendido también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de fondo, párrafo 155-157].

4. Aunque cuando se produjo la presunta detención del beneficiario no estaba vigente la Convención Americana contra la Desaparición Forzada de Personas, ni tampoco el delito de desaparición forzada se encontraba tipificado en nuestro Código Penal, tal situación no justifica de ninguna manera la comisión del delito, ni nos impide considerarlo como un grave atentado contra los derechos humanos, puesto que los derechos contra los que atenta este ilícito se encuentran protegidos por las Constituciones de 1979 y 1993, así como por instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Perú, como son la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

§3. La impunidad

5. La ejecución extrajudicial, la desaparición forzada o la tortura, son hechos crueles, atroces, y constituyen graves violaciones a los Derechos Humanos, por lo que no pueden quedar impunes; es decir, los autores materiales, así como los cómplices de conductas constitutivas de violación de derechos humanos, no pueden sustraerse a las consecuencias jurídicas de sus actos. La impunidad puede ser normativa, cuando un texto legal exime de pena a los criminales que han violado los derechos humanos; y también fáctica, cuando, a pesar de la existencia de leyes adoptadas para sancionar a los culpables, éstos se liberan de la sanción adecuada por la amenaza o la comisión de nuevos hechos de violencia.

6. Según Naciones Unidas, la impunidad es “la inexistencia, de hecho o de derecho de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condenas a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas” [Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad, E/CN.4/Sub.2/1977/20/Rev.1., Definiciones. A.]. Así, la impunidad es hoy considerada como:

1° Una situación que se opone al sentido comunitario de la justicia y provoca en el cuerpo social conmociones negativas: sentimientos de desánimo y desesperanza que afectan la vida de las personas en el plano cultural, político y económico.

2° Una violación de un conjunto de principios y normas del derecho internacional orientados a la promoción y protección de los derechos humanos.

3° Un factor que contribuye a la comisión de nuevos crímenes atroces, porque la falta de enjuiciamiento y de sanción adecuada para los responsables de los delitos cuya perpetración lesiona derechos básicos (vgr. la vida, la integridad personal, la libertad individual y la seguridad) debilita la convicción común sobre la ilegalidad de sus conductas, le resta eficacia a las normas protectoras de esos bienes jurídicos y refuerza la comisión de sus comportamientos reprochables.

4° Un factor que tiende a generar más violencia, porque no sólo alienta la reiteración de los delitos, sino porque crea condiciones para que algunas víctimas busquen hacerse justicia por propia mano.

5° Un obstáculo para la paz, porque al amparar a los culpables siembra graves dudas sobre la justicia y la sinceridad del proceso desarrollado con miras a obtenerla. [Cfr. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Seminario Internacional Verdad y Justicia en Procesos de Paz o Transición a la Democracia. Memorias, Bogotá, junio de 2003, pp. 15 – 17].

7. El Gobierno, en cumplimiento del deber de adoptar las medidas más adecuadas para asegurar la plena vigencia de los derechos humanos, dictó el Decreto Supremo N.º 065-2001-PCM, que creó la Comisión de la Verdad, cuyo propósito no fue el de suplantar, sustituir o superponerse al Poder Judicial; antes bien, uno de sus objetivos fundamentales fue el de identificar los hechos y las responsabilidades de las violaciones de los derechos humanos, empeñándose, en lo posible, en tratar de determinar su real existencia y veracidad, y, complementariamente, en evitar la desaparición de pruebas vinculadas con tales hechos. Sus investigaciones, con loable criterio exhaustivo, han permitido conocer los sucesos acaecidos en nuestro país en estas últimas décadas, y contribuyen al imperativo de cumplir con la obligación internacional y constitucional de evitar la impunidad y restituir los derechos violados para conseguir la paz social y la reconciliación nacional.

§4. Derecho a la verdad

8. La Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable.

9. Al lado de la dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados. El conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima por su propia naturaleza, es de carácter imprescriptible. Las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esa magnitud, tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan sus restos, entre otras cosas. El derecho a la verdad no sólo deriva de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano, sino también de la propia Constitución Política, la cual, en su artículo 44º, establece la obligación estatal de cautelar todos los derechos y, especialmente, aquellos que afectan la dignidad del hombre, pues se trata de una circunstancia histórica que, si no es esclarecida debidamente, puede afectar la vida misma de las instituciones.

Al respecto, similar y esclarecedor criterio tuvo el magistrado Manuel Aguirre Roca, en el Voto Singular emitido en la STC. N.º 013-96-AI/TC, sobre las Leyes de Amnistía N.ºs 26479 y 26492, estimando que no se agotan los efectos del derecho a la verdad.

10. Los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, constituyen el sustento y fundamento de todos los derechos humanos; por tal razón, su vigencia debe respetarse irrestrictamente, sin que sea moralmente aceptable estipular excepciones o justificar su condicionamiento o limitación. El respeto de ellos y de las garantías para su libre y pleno ejercicio, es una responsabilidad que compete al Estado. En el caso que en el sistema jurídico no se tenga norma explícita que los garantice, se debe adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención Americana, las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacerlos efectivos. Así lo disponen los artículos 1º y 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

11. Tanto la legislación supranacional como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana, definen los derechos que las personas humanas deben gozar; asimismo, algunos textos constitucionales se han impuesto el reconocimiento de nuevos derechos, en particular los vinculados directamente con el principio de dignidad, y con el propósito de entronizarlos en su condición de auténticos derechos fundamentales. Es evidente que ellos son consecuencia de la existencia de nuevas necesidades y de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales; por ello, de

cara a este nuevo y diverso contexto las Constituciones suelen habilitar una cláusula de “desarrollo de los derechos fundamentales”, cuyo propósito no sólo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino, incluso, el de dotarlos con las mismas garantías de aquellos que sí las tienen expresamente.

12. Nuestra Constitución Política reconoce, en su artículo 3º, una “enumeración abierta” de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno.

13. Así, el **derecho a la verdad**, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, **es un derecho plenamente protegido**, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.

14. El Tribunal Constitucional considera que si bien detrás del derecho a la verdad se encuentra comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al *telos* que con su reconocimiento se persigue alcanzar.

15. Sin perjuicio del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la verdad, éste también ostenta rango constitucional, pues es una expresión concreta de los principios constitucionales de la dignidad humana, del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno.

16. Es un derecho que se deriva directamente del principio de dignidad humana, pues el daño ocasionado a las víctimas no sólo se traduce en la lesión de bienes tan relevantes como la vida, la libertad y la integridad personal, sino también en la ignorancia de lo que verdaderamente sucedió con las víctimas de los actos criminales. El desconocimiento del lugar donde yacen los restos de un ser querido, o de lo que sucedió con él, es tal vez una de las formas más perversamente sutiles, pero no menos violenta, de afectar la conciencia y dignidad de los seres humanos.

17. Asimismo, el derecho a la verdad, en su dimensión colectiva, es una concretización directa de los principios del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno, pues mediante su ejercicio se posibilita que todos conozcamos los niveles de degeneración a los que somos capaces de llegar, ya sea con la utilización de la fuerza pública o por la acción de grupos criminales del terror. Tenemos una exigencia común de que se conozca cómo se actuó, pero también de que los actos criminales que se realizaron no queden impunes. Si el Estado democrático y social de derecho se caracteriza por la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, es claro que la violación del derecho a la verdad no sólo es cuestión que afecta a las víctimas y a sus familiares, sino a todo el pueblo peruano. Tenemos, en

efecto, el derecho a saber, pero también el deber de conocer qué es lo que sucedió en nuestro país, a fin de enmendar el camino y fortalecer las condiciones mínimas y necesarias que requiere una sociedad auténticamente democrática, presupuesto de un efectivo ejercicio de los derechos fundamentales. Tras de esas demandas de acceso e investigación sobre las violaciones a los derechos humanos, desde luego, no sólo están las demandas de justicia con las víctimas y familiares, sino también la exigencia al Estado y la sociedad civil para que adopten medidas necesarias a fin de evitar que en el futuro se repitan tales hechos.

18. De igual forma, el Tribunal Constitucional considera que el derecho a la verdad proviene de una exigencia derivada del principio de la forma republicana de gobierno. En efecto, la información sobre cómo se manejó la lucha antisubversiva en el país, así como de cómo se produjo la acción criminal de los terroristas, constituye un auténtico bien público o colectivo, y también contribuye con la realización plena de los principios de publicidad y transparencia en los que se funda el régimen republicano. Necesarios no sólo para conocer estos luctuosos hechos, sino también para fortalecer el control institucional y social que ha de fundamentar la sanción a quienes, con sus actos criminales, afectaron a las víctimas y en general a la sociedad y el Estado.

19. En torno a ello, existe una obligación específica del Estado de investigar y de informar, que no sólo consiste en facilitar el acceso de los familiares a la documentación que se encuentra bajo control oficial, sino también en la asunción de las tareas de investigación y corroboración de hechos denunciados. Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ha señalado que la no investigación y sanción a los autores y cómplices de las desapariciones forzadas constituye una violación al deber estatal de respetar los derechos reconocidos por la Convención Americana, así como al de garantizar su libre y pleno ejercicio (Caso Bámaca Velásquez, sentencia, párrafo 129).

Además, en el caso de violaciones de derechos humanos, el derecho de la víctima no se limita a obtener una reparación económica, sino que incluye el de que el Estado asuma la investigación de los hechos. Así lo ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Castillo Páez, Reparaciones, párrafo 168, y Loayza Tamayo, Reparaciones, párrafo 175), dado que el pleno conocimiento de las circunstancias de cada caso también es parte de una forma de reparación moral que el país necesita para su salud democrática.

20. De allí que para este Colegiado, si bien el derecho a la verdad no tiene un reconocimiento expreso, sí es uno que forma parte de la tabla de las garantías de derechos constitucionales; por ende susceptible de protección plena a través de derechos constitucionales de la libertad, pero también a través de ordinarios existentes en nuestro ordenamiento jurídico, pues se funda en la dignidad del hombre.

§ 6. El hábeas corpus instructivo

24. El hábeas corpus es un proceso constitucional reconocido en el artículo 200.1 de la Constitución, que procede ante cualquier violación o amenaza de la libertad individual o derechos conexos. Ello puede suceder tanto respecto de derechos

directamente conexos con el de la libertad, como respecto de derechos diferentes a la libertad, si su eventual lesión se genera, precisamente, como consecuencia directa de una situación de privación o restricción del derecho a la libertad individual. [Exp. N.º 1429-2002-HC/TC].

En el caso de autos, estamos ante lo que doctrinariamente se ha definido como *hábeas corpus instructivo*, en el cual, el juez constitucional “a partir de sus indagaciones sobre el paradero del detenido-desaparecido, busca identificar a los responsables de la violación constitucional, para su posterior proceso y sanción penal en la vía ordinaria, en base al artículo 11º de la Ley 23506” [Landa Arroyo, César. Teoría del Derecho Procesal Constitucional, p. 117]. Esa deberá ser la labor que realice el juez del hábeas corpus al llevar a cabo la investigación sumaria que dispone la Ley N.º 23506, cuando se trate de un caso de desaparición forzada.

25. No obstante, dada la carencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales, el que se tramita será poco eficaz para lograr la identificación de los responsables y la consiguiente ubicación de la víctima o sus restos, por lo que no se podrá dispensar en esta vía una tutela en los términos en los que se ha solicitado; sin embargo, sí cabe disponer que el o los órganos competentes inicien y culminen las investigaciones necesarias destinadas a brindar la imperiosa información requerida.

§ 7. Procesos por desaparición forzada frente al principio de legalidad

26. Finalmente, si bien cuando se produjo la presunta detención de Genaro Villegas Namuche no se encontraba vigente en nuestro Código Penal el delito de desaparición forzada, ello no constituye impedimento para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal y se sancione a los responsables, por los otros delitos concurrentes en los hechos.

En todo caso, si bien el principio de legalidad penal, reconocido en el artículo 2.24,d de la Constitución, incluye entre sus garantías la de la *Lex previa*, según la cual la norma prohibitiva deberá ser anterior al hecho delictivo, en el caso de delitos de naturaleza permanente, la ley penal aplicable no necesariamente será la que estuvo vigente cuando se ejecutó el delito.

La garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal.

Tal es el caso del delito de desaparición forzada, el cual, según el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, deberá ser considerado como delito permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

Exp. N° 0019-2005-PI/TC
MOISÉS WOLFENSON

CASO

Con fecha 8 de julio de 2005, 31 Congresistas de la República interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28568, cuyo Artículo Único modifica el artículo 47º del Código Penal.

Manifiestan que si bien es cierto que la libertad personal es piedra angular del Estado contemporáneo, no es un derecho fundamental ilimitado y por ello debe estar sujeto a limitaciones previstas por ley, autorizadas por mandato judicial motivado y, excepcionalmente, llevadas a cabo por la policía, en caso de flagrancia delictiva; y que la detención preventiva debe ser la *ultima ratio* en la decisión del juzgador, pues se trata de una grave limitación de la libertad física, motivo por el cual se justifica que sea tomada en cuenta para el cómputo de la pena privativa de libertad.

De igual modo, sostienen que en nuestro ordenamiento procesal penal, la denominada detención domiciliaria no es propiamente una detención, y sí más bien una medida de comparecencia, de modo que no sólo tiene carácter humanitario, sino que su dictado es una potestad discrecional del juzgador, cuando considere que no hay concurrencia de los requisitos para dictar un mandato de detención. En tal sentido, remitiéndose a jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aducen que los efectos personales que la detención domiciliaria genera sobre el ámbito de la libertad personal del individuo no son los mismos que aquellos que tienen lugar con la detención preventiva, por lo que homologar el tratamiento de la detención domiciliaria con la detención preventiva, tal como lo hace la ley cuestionada, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2º de la Constitución.

Asimismo, sostienen que la ley impugnada también vulnera el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22 del artículo 139º de la Constitución), pues dichos fines no pueden ser cumplidos en el domicilio.

Con fecha 18 de julio de 2005, el apoderado del Congreso de República contesta la demanda refiriendo que la ley cuestionada ha sido derogada mediante la Ley N.º 28577, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de julio del presente año, motivo por el cual solicita que el Tribunal Constitucional declare que en el presente caso se ha producido la sustracción de la materia.

FUNDAMENTOS

§2. Sobre la supuesta sustracción de la materia

5. Sobre el particular, cabe recordar lo establecido por este Colegiado en el Caso ITF (STC 0004-2004-AI /acumulados), en el sentido de que

“(…) no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria.” (Fundamento 2)

En tal sentido, la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad, pues la derogación es una categoría del Derecho sustancialmente distinta a la inconstitucionalidad. Mientras que la primera no necesariamente elimina los efectos (capacidad reguladora) de la ley derogada (así, por ejemplo, los casos de leyes que, a pesar de encontrarse derogadas, surten efectos ultractivos), la declaración de inconstitucionalidad “aniquila” todo efecto que la norma pueda cumplir; incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado sobre materia penal o tributaria (artículo 83º del Código Procesal Constitucional).

De ahí que el artículo 204º de la Constitución establezca:

“La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma, se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, la norma queda sin efecto.” (subrayado agregado).

6. Así pues, como es de público conocimiento, mientras estuvo vigente la ley impugnada se presentaron diversas solicitudes de excarcelación, algunas de las cuales aún no han sido resueltas, o sus resoluciones se encuentran en etapa de impugnación, de modo que, a la fecha de expedición de la presente sentencia, los efectos de la disposición aún se vienen verificando, razón por la cual, a pesar de su derogación, en el presente caso no se ha producido la sustracción de materia.

§3. El abono del tiempo de la prisión preventiva al cómputo de la pena privativa de libertad

7. El Tribunal Constitucional considera que no existe vicio alguno de inconstitucionalidad en la exigencia de que el tiempo de prisión preventiva sea computado a razón de “día por día” con la pena privativa de libertad. Y ello a pesar de su distinta naturaleza.

Este Colegiado ha destacado anteriormente que la detención preventiva no puede, en ningún caso, ser concebida como una sanción punitiva, es decir, como aquella aplicada luego de haberse desvirtuado la presunción de inocencia que asiste a toda persona (literal e, inciso 24 del artículo 2º de la Constitución) en un proceso acorde con cada una de las manifestaciones del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, reconocidas en la Norma Fundamental, principalmente en su artículo 139º.

La detención preventiva es una medida cautelar limitativa del derecho fundamental a la libertad personal, válida en la medida de que se encuentre en riesgo el éxito del proceso penal, sea porque existe certeza o presunción fundada y razonable de que se pretende obstruir la actividad probatoria, sea porque se tienen los mismos elementos

para temer la evasión en la aplicación de una eventual sentencia condenatoria; y siempre que su dictado resulte compatible con los principios de subsidiariedad, razonabilidad y proporcionalidad. (Caso Siva Checa. STC 1091-2002-HC, Fundamento 5 y siguientes).

8. Empero, más allá de los distintos presupuestos que justifican el dictado, de un lado, de una detención provisional, y, de otro, de una pena privativa de libertad, lo cierto es que los efectos personales generados por el dictado de una u otra son sustancialmente análogos. No sólo resulta que ambas son cumplidas en un establecimiento penitenciario, sino que, en los hechos, producen el mismo grado de limitación de la libertad personal, la misma sensación de encierro, la misma aflicción psicossomática que conlleva la separación del núcleo familiar, la imposibilidad de desempeñar el empleo, y, en general, el brusco quiebre que representa el tránsito de una vida desarrollada fuera de las paredes de un penal, a una sometida al férreo régimen disciplinario propio de todo centro de reclusión.

Tal como afirma Klaus Tiedemann, siguiendo al Tribunal Constitucional Federal Alemán,

“(…) la prisión preventiva es un mal, pero no es una pena, pues se trata de un mal a través del cual no se realiza el elemento normativo del reproche de la culpabilidad, ni a su través se ha de realizar retribución alguna (BverfGE 19, 342); sin embargo, el efecto fáctico de la pena se manifiesta en el hecho de que el tiempo de la prisión preventiva se abona al cumplimiento de la condena cuando ésta ha tenido lugar (§51 StGE)”. (*Constitución y Derecho Penal*. Lima: Palestra, 2003, p. 32”.

9. De ahí que la antigua y constante previsión en nuestro ordenamiento legal referida a la aplicación del tiempo de la prisión preventiva al cómputo de la pena privativa de libertad (artículo 31º del Código Penal de 1863, artículo 49º del Código Penal de 1924 y artículo 47º del Código vigente), no sólo resulta plenamente compatible con el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) y con los fines de reeducación, rehabilitación y resocialización del régimen penitenciario (inciso 22 del artículo 139º de la Constitución), sino que, *strictu sensu*, por exigencia de tales principios, es una obligación legislativa.

Las materialmente idénticas incidencias sobre el derecho fundamental a la libertad personal, no pueden ser relativizadas en virtud de algún paradigma teórico (la distinta naturaleza jurídica entre una detención preventiva y una sanción punitiva), permitiendo que, en los hechos, una persona purgue prisión por un tiempo mayor a aquel previsto en la ley al momento de la comisión del delito. Ello no sólo implicaría una desproporcionada afectación del derecho a la libertad individual, sino una evidente vulneración del principio de legalidad penal (literal f, inciso 24 del artículo 2º de la Constitución).

§4. El derecho fundamental a la libertad personal como derecho regulado en su ejercicio

11. El inciso 24 del artículo 2º de la Constitución reconoce el derecho fundamental a la libertad personal. Se trata de un derecho subjetivo en virtud del cual ninguna

persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias.

La plena vigencia del derecho fundamental a la libertad personal es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

12. Sin embargo, como es doctrina reiterada de este Colegiado, ningún derecho fundamental es ilimitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección.

Los principios interpretativos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, permiten considerar a las distintas disposiciones constitucionales como un complejo normativo armónico, coherente y sistemático. Toda tensión entre ellas debe ser resuelta “optimizando” la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto; de ahí que, en estricto, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los límites que en su virtud les resulten aplicables, forman una unidad.

13. Porque el derecho a la libertad personal no es ilimitado, es que resulta válido que el legislador haya previsto distintas medidas cautelares que bajo, criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pueden incidir sobre el, a efectos de garantizar el éxito del proceso penal. Las dos medidas más limitativas previstas en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal son la detención judicial preventiva y el arresto domiciliario. Pero, ¿se trata de medidas, en esencia, análogas?

Ya se ha hecho referencia a la similitud sustancial, a nivel fáctico, que existe entre las condiciones del cumplimiento de la detención preventiva y la pena privativa de libertad, lo que constitucionalmente justifica que el tiempo de detención preventiva se abone para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Entre el arresto domiciliario y la pena privativa de libertad, ¿existe tal similitud sustancial?

Esta interrogante exige que este Tribunal analice el tratamiento que el ordenamiento jurídico dispensa al arresto domiciliario, y las particulares características de dicha medida cautelar.

§5. El arresto domiciliario

14. Existen dos grandes modelos de regulación de esta medida cautelar que han sido objeto de recepción en la legislación comparada.

El primero es el modelo *amplio* de detención domiciliaria, que se caracteriza por las siguientes notas: a) la detención domiciliaria es considerada como una medida alternativa a la prisión provisional; b) tiene carácter facultativo para el Juez; c) el sujeto afecto a dicha medida puede ser cualquier persona, y d) la medida puede ser

flexibilizada por razones de trabajo, de salud, religiosas, entre otras circunstancias justificativas. Este modelo ha sido acogido, por ejemplo, por Bolivia, Chile y Costa Rica. En estos supuestos, las legislaciones suelen acudir a la nomenclatura “arresto domiciliario” antes que a la de “detención domiciliaria”, a efectos de evitar confusiones con la detención preventiva.

El segundo modelo es el *restringido*, y sus notas distintivas son: a) la detención domiciliaria es una medida sustitutiva de la prisión provisional; b) se impone de manera obligatoria en defecto de la aplicación de la prisión provisional, esto es, cuando no puede ejecutarse la prisión carcelaria; c) se regula de manera tasada para personas valetudinarias (vale decir, madres gestantes, mayores de 65 años, enfermos graves, entre otros); d) excepcionalmente, admite su flexibilización mediante permisos en casos de urgencia. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española ha adoptado este modelo. Lo propio ha acontecido con el Código Procesal Penal peruano de 2004, aún no vigente.

15. El régimen del Código Procesal Penal de 1991, específicamente en el inciso 1 de su artículo 143° (vigente a la fecha), define al arresto domiciliario no como un mandato de detención, sino como una medida de comparecencia. Es decir, antes que ser una detención en sentido técnico, es una alternativa frente a ésta, pues el precepto aludido es claro en señalar que:

“Se dictará mandato de comparecencia cuando no corresponda la medida de detención”.

En otras palabras, corresponderá dictar alguna de las medidas de comparecencia previstas en los distintos incisos del artículo 143° (entre las cuales se encuentra incluido el arresto en el domicilio), cuando no se cumplan copulativamente los requisitos previstos en el artículo 135° del mismo cuerpo de leyes, para dictar un mandato de detención. Dichos requisitos son:

“1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

(...)

2. Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad; y,

3. Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa.

En todo caso, el juez penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida”.

16. De acuerdo al artículo 143°, el arresto domiciliario puede ser dictado en cualquier supuesto; lo cual quiere decir, *prima facie*, que no se concibe como un sustituto de la detención preventiva. De hecho, prácticamente la totalidad de supuestos en los que se

ha dictado esta medida ha comprendido casos de personas en perfecto estado de salud. No obstante, el referido artículo también permite que esta medida cautelar se imponga como un sustituto de la prisión preventiva para casos excepcionales, es decir, cuando se trate

“(…) de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente”.

Este tratamiento legal de la detención domiciliaria denota la existencia de una fórmula *mixta* respecto a los dos modelos reseñados en el Fundamento 14, *supra*.

17. En tal sentido, bien puede afirmarse que, a la vista del ordenamiento procesal penal vigente, con la salvedad hecha a los supuestos de personas valetudinarias, el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva son instituciones procesal penales sustancialmente distintas. De ahí que sea un despropósito acudir a ordenamientos que recogen modelos *restringidos* para justificar el tratamiento que debe otorgarse al arresto domiciliario en nuestro medio.

18. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, no puede considerar al ordenamiento infraconstitucional, por sí solo, como el factor determinante de sus interpretaciones. Motivo por el cual, es necesario revisar si, desde una perspectiva constitucional, puede equipararse el arresto domiciliario con la detención preventiva. Para tales efectos, debe recurrirse al uniforme criterio que este Tribunal ha expuesto sobre el particular y que, dentro de este contexto, constituye jurisprudencia vinculante para todos los poderes públicos.

19. Así, en el Caso Chumpitaz Gonzales (STC 1565-2002-HC), en el que se pretendió cuestionar la constitucionalidad del dictado de un arresto domiciliario, este Colegiado señaló:

“[L]o primero que este Tribunal Constitucional debe destacar, teniendo en consideración los términos en que se ha formulado la pretensión, es que el análisis del presente caso no es sustancialmente igual a otros que, con anterioridad, se haya pronunciado (...).

En efecto, en el presente caso se cuestiona que el juzgador haya decretado contra el beneficiario el mandato de comparecencia con detención domiciliaria, mientras que en los casos a los que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, se cuestionaba supuestos de detención judicial preventiva. Tales figuras, desde luego, no pueden ser equiparadas ni en sus efectos personales, ni en el análisis de sus elementos justificatorios, pues es indudable que la primera de las mencionadas (la detención domiciliaria) se configura como una de las diversas formas a las que, de manera alternativa, puede apelar el juzgador con el objeto de evitar la segunda de ellas, esto es, la detención judicial preventiva, que, como se ha expuesto en la sentencia recaída en el caso Silva Checa contra el Poder Judicial, se trata siempre de una medida cuya validez constitucional se encuentra sujeta a los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, en tanto que comporta una restricción, en términos plenarios, de la libertad locomotora del afectado con ella.” (Fundamento 2).

Este criterio ha sido invariablemente reiterado en diversas causas resueltas en esta sede (Caso Fernandini Maraví, STC 0209-2002-HC, Fundamento 2; Caso Bozzo Rotondo, STC 0376-2003-HC, Fundamento 2; entre otros).

20. Por su parte, en el Caso Villanueva Chirinos (STC 0731-2004-HC), estableció lo siguiente:

“El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que la detención domiciliaria y la prisión preventiva responden a medidas de diferente naturaleza jurídica, en razón al distinto grado de incidencia que generan sobre la libertad personal del individuo.

No cabe duda que la detención domiciliaria supone una intromisión a la libertad menos gravosa, pues resulta una menor carga psicológica, debido a que no es lo mismo permanecer por disposición judicial en el domicilio que en prisión, siendo menos estigmatizante (...)”. (Fundamento 7).

21. Basándose en estos criterios jurisprudenciales, el Tribunal Constitucional precisó en el Caso Arbulú Seminario (STC 1725-2002-HC) que no es posible acumular el plazo de la detención domiciliaria al plazo de la detención preventiva para efectos de establecer si ha vencido, o no, el plazo máximo de detención del artículo 137º del Código Procesal Penal. Primero, porque dicho plazo sólo es aplicable a la detención preventiva; y, segundo, porque, tal como ha establecido este Tribunal en el Caso Berrocal Prudencio (STC 2915-2002-HC, Fundamentos 18 a 31) en relación con la detención judicial preventiva, en criterio que, *mutatis mutandis*, es aplicable a la detención domiciliaria, para determinar si existe, o no, afectación del derecho a que la libertad personal no sea restringida más allá de un plazo razonable, no es un elemento determinante la fijación de un plazo legal, sino el análisis de ciertos criterios a la luz de cada caso concreto.

Estos criterios son: a) la diligencia del juez en la merituación de la causa; b) la complejidad del asunto; y c) la conducta obstruccionista del imputado.

22. Teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento el arresto domiciliario tiene elementos jurídico-justificatorios menos estrictos que la detención preventiva, en su aplicación concreta se han advertido distintas permisiones de imposible verificación en un modelo *restringido*. Es el caso de concesiones tales como que la elección del lugar en el que se aplique la medida corra a cargo del imputado, y no del juez, o de permitirse que la persona acuda a su centro de labores durante plazos fijos. Asimismo, han existido casos en los que el inculpado sometido a arresto domiciliario,

“(…) con autorización judicial, puede egresar de su domicilio a fin de realizar gestiones ante el colegio profesional del que es agremiado (fue el caso del ex vocal Daniel Lorenzzi Goicochea, quien acudió al Colegio de Abogados de Lima a fin de hacer frente a un proceso administrativo); puede votar en las elecciones gremiales; emitir voto en las elecciones generales; asistir a hospitales y clínicas cuando su salud lo requiera (fue el caso de Alex Wolfenson Woloch, quien en pleno juicio oral, visitó frecuentemente a su dentista)”. (Informe: *Comentarios a la Ley N.º 28568 que modificó el artículo 47º del Código Penal sobre arresto domiciliario*. Justicia Viva. Lima, julio, 2005).

23. Así pues, tal como a la fecha se encuentran regulados el arresto domiciliario y la prisión preventiva, y aun cuando comparten la condición de medidas cautelares personales, son supuestos sustancialmente distintos en lo que a su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad personal respecta; ello porque, en el caso del arresto domiciliario, el *ius ambulandi* se ejerce con mayores alcances; no existe la aflicción psicológica que caracteriza a la reclusión; no se pierde la relación con el núcleo familiar y amical; en determinados casos, se continúa ejerciendo total o parcialmente el empleo; se sigue gozando de múltiples beneficios (de mayor o menor importancia) que serían ilusorios bajo el régimen de disciplina de un establecimiento penitenciario; y, en buena cuenta, porque el hogar no es la cárcel.

§6. Obligación del legislador de respetar el principio de igualdad en el tratamiento de las instituciones

24. En consecuencia, si bien cabe alegar una sustancial identidad entre los efectos personales de la prisión preventiva y los que genera la pena privativa de libertad, lo cual justifica que el tiempo de aquella se abone para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención, en modo alguno puede sostenerse lo mismo en lo que a la detención domiciliaria respecta.

Sin embargo, el legislador, a través de la ley impugnada, dispuso igual trato a ambos supuestos (el arresto domiciliario y la detención preventiva), con lo cual implícitamente está afirmando que la detención domiciliaria genera la misma incidencia sobre la libertad personal que la producida mientras se cumple pena privativa de libertad en un centro penitenciario. En otras palabras, el Congreso de la República ha optado por generar una “identidad matemática” entre el arresto domiciliario y la pena privativa de libertad, permitiendo que aquel y ésta sean equiparados, de manera tal que cada día de permanencia de la persona en su hogar o en el domicilio por ella escogido, sea homologado como un día purgado de la pena privativa de libertad, en el caso que sea dictada una sentencia condenatoria.

Tal hecho, de conformidad con lo expuesto, resulta manifiestamente irrazonable y contrario a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reseñada.

Dicho criterio, además, como correctamente se advirtió en la audiencia pública de esta causa, el día de hoy, daría lugar a que más tarde pueda pretenderse el cumplimiento de penas privativas de libertad no en un centro de reclusión, sino en el domicilio del sentenciado, lo que evidentemente sería un despropósito, si se tiene en cuenta que el inciso 21 del artículo 139 de la Constitución, exige el cumplimiento de las penas privativas de la libertad en un establecimiento penal, a efectos de que se logren los fines del régimen penitenciario, esto es, la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22 del artículo 139 de la Constitución).

25. Este Colegiado considera también que ello afectaría el principio de igualdad. En efecto, tal como ha sostenido,

“(…) la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos.” (Caso Regalías Mineras, STC 0048-2004-AI, Fundamento 61).

El principio de igualdad proscribire la posibilidad de que el legislador otorgue idéntico tratamiento a dos instituciones sustancialmente distintas, sin base objetiva y razonable que justifique su decisión.

26. No obstante, podría pretenderse alegar la razonabilidad de la disposición impugnada desde la perspectiva del derecho a la libertad personal de los penados. En efecto, desde este enfoque, más allá de la ausencia de identidad entre los efectos personales que genera el arresto domiciliario, por un lado, y la detención preventiva y la pena privativa de libertad, por otro, es factible argumentar que, con tal medida, el derecho a la libertad personal de los penados se optimiza, pues el tiempo de cumplimiento de la pena en un centro penitenciario se reduciría considerablemente o, incluso, en determinados supuestos, sencillamente no tendría lugar. Se trataría de un supuesto en el que, si bien se dota al derecho fundamental a la libertad personal de un “contenido adicional” ajeno a su contenido constitucionalmente protegido, en última instancia resulta “favorecida” la libertad en su nivel subjetivo.

27. Ocurre, sin embargo, que el Tribunal Constitucional, por obligación, no agota su función de supremo intérprete de la Constitución en una mera valoración de los derechos fundamentales en su vertiente subjetiva. Tal perspectiva, por parcial e insuficiente, desemboca inexorablemente en un grave error que generaría prelaciones absolutas entre los propios derechos fundamentales, o entre estos y los otros bienes esenciales para la convivencia democrática en un Estado social y democrático de derecho.

De ahí que toda previsión que favorezca al derecho subjetivo a la libertad personal más allá de su contenido constitucionalmente protegido, sólo resultará válida si no afecta de modo desproporcionado el cuadro material de valores reconocido en la Carta Fundamental; es decir, en la medida en que no vacíe los contenidos o desvirtúe las finalidades que los otros derechos fundamentales (en sus dimensiones subjetiva y objetiva) cumplen en el ordenamiento jurídico o, en general, aquella que cumplen los bienes esenciales a los que la Constitución explícita o implícitamente concede protección, por resultar imprescindibles para la consolidación de todo Estado social y democrático de derecho, y para que éste pueda hacer frente a toda amenaza contra los principios constitucionales en que se sustenta.

28. Así las cosas, si bien la pretendida identidad entre un arresto domiciliario y la pena privativa de libertad permite que el penado se encuentre menos tiempo confinado en un centro de reclusión, o incluso, que no ingrese nunca a éste a pesar de haber incurrido en un delito, es preciso preguntarse si acaso ello no desvirtúa los fines que el poder punitivo del Estado cumple en una sociedad democrática.

29. Para arribar a una respuesta satisfactoria ante tal interrogante, es preciso, primero, determinar cuáles son los fines que la pena cumple en un Estado social y democrático de derecho. En segundo término, establecer si dichos fines deben ser considerados como bienes constitucionalmente protegidos. Y, finalmente, determinar si el precepto impugnado los ha afectado de modo desproporcionado, para lo cual será preciso acudir al *test* de proporcionalidad.

§7. Teorías acerca de la finalidad de la pena privativa de libertad

A) Teoría de la retribución absoluta

30. Son distintas las teorías de los fines de la pena desarrolladas en la doctrina. Una es la teoría de la retribución absoluta, cuyos exponentes son Kant y Hegel. Según ella, la pena no cumple ninguna función social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda virtualidad en la generación de un mal al delincuente, de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de algún bien jurídico relevante, aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talión: “ojo por ojo, diente por diente”.

Esta teoría no sólo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1º de nuestra Constitución Política, conforme al cual

“La defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.”

B) Teoría de la prevención especial

31. Por otra parte, la teoría de la prevención especial o también denominada teoría de la retribución relativa, centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el inciso 22 del artículo 139º de la Constitución:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.”

C) Teoría de la prevención general

32. La teoría de la prevención general circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal.

Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la pena el efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con

alguna tendencia hacia la comisión del ilícito. Sin embargo, es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio. En algunos supuestos, dicho efecto es resultado, antes que de la gravedad de la pena preestablecida, del grado de riesgo de ser descubierto, durante o después de la comisión del delito.

Por ello, son los efectos de la vertiente positiva de la prevención general los que alcanzan mayor relevancia. Claus Roxin, los resume del siguiente modo:

“(...) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el `ejercicio de la confianza en el derecho´ que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado.” (*Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. En: *Determinación judicial de la pena*. Compilador Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993, p. 28).

D) Teorías de la unión

33. Finalmente, las teorías de la unión sostienen que tanto la retribución como la prevención general y especial, son finalidades de la pena que deben ser perseguidas de modo conjunto y en un justo equilibrio.

§8. Derecho Penal y Constitución

34. Expuestas las distintas teorías en torno a la finalidad que cumple la pena privativa de libertad, corresponde evaluar la temática desde una perspectiva constitucional, para lo cual conviene, ante todo, analizar la relación entre el Derecho Penal y el sistema material de valores reconocido en la Constitución.

35. El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el *ius puniendi*, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental.

Como correctamente apunta Carbonell Mateu,

“Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y

convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la norma fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional.” (*Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 37)

36. En ese sentido, dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena.

§9. Los fines de la pena desde una perspectiva constitucional

37. Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente.

38. Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática.

Existen, distribuidas, una serie de competencias entre distintos órganos constitucionales expresamente dirigidas a combatir el delito. Así, el artículo 166º de la Constitución, prevé que la Policía Nacional,

“(…) tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público o privado. Previene investiga y combate la delincuencia (…).”

Es de destacarse, asimismo, la función primordial que el artículo 59º de la Constitución confiere al Ministerio Público en la salvaguardia de los intereses públicos que se puedan ver amenazados o afectados por el delito:

“Corresponde al Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
4. Conducir, desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
5. Ejercitar la acción penal de oficio o a pedido de parte.
6. (...).”

Sin embargo, tal como ha destacado este Tribunal

“(...) la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial.” (Caso Antejjuicio Político. STC 0006-2003-AI, Fundamento 18).

En efecto, es al Poder Judicial -encargado de ejercer la administración de justicia que emana del pueblo (artículo 138° de la Constitución)- a quien corresponde establecer las responsabilidades penales. Ello quiere decir que el Poder Judicial es el órgano que, en estricto respeto del principio de legalidad penal, y con la independencia que la Constitución le concede y exige (inciso 2 del artículo 139° e inciso 1 del artículo 146° de la Constitución), debe finalmente reprimir las conductas delictivas comprobadas en un debido proceso, con la pena que resulte correspondiente.

39. Por otra parte, el particular daño que el delito genera en el Estado social y democrático de derecho motiva que su flagrancia o el peligro de su inminente realización, sea causa expresamente aceptada por la Constitución para la limitación de diversos derechos fundamentales. Así, por ejemplo, el inciso 9 del artículo 2° de la Constitución establece que:

“Toda persona tiene derecho:

(...)

9. A la inviolabilidad de domicilio. Nadie puede ingresar en él, ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración (...).”

Mientras que el literal f, inciso 24 del artículo 2°, señala:

“Nadie puede ser detenido, sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. (...).”

Asimismo, el literal g, inciso 24 del mismo artículo estipula:

“Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos en la ley.(...)”

Incluso, el delito flagrante se constituye en un límite a la inmunidad parlamentaria de los congresistas (artículo 93º de la Constitución).

40. En consecuencia, las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada.

En primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en

“(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)” (artículo 44º de la Constitución),

se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2º de la Constitución).

Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, ésta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22 del artículo 139º de la Constitución).

41. Es preciso destacar, sin embargo, que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos.

42. Pero a su vez, ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer “a toda costa” la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material.

Es más, ninguna medida tendiente a la resocialización del imputado (prevención especial), podría anular el efecto preventivo general, sobre todo en su vertiente positiva, pues, como ha establecido la Corte Constitucional italiana:

“(...) al lado de la reeducación del condenado, la pena persigue otros fines

esenciales a la tutela de los ciudadanos y del orden jurídico contra la delincuencia” (Sentencia N.º 107/1980, Fundamento 3).

Dicha Corte, en criterio que este Tribunal comparte, rechaza

“que la función y el fin de la pena misma se agoten en la `esperada enmienda´ del reo, pues tiene como objeto exigencias irrenunciables de `disuasión, prevención y defensa social´” (Idem).

Mientras que la Corte Constitucional colombiana ha destacado que

“Por vía de los beneficios penales, que hacen parte de los mecanismos de resocialización creados por el legislador en favor del imputado, no puede (...) contrariarse el sentido de la pena que comporta la respuesta del Estado a la alarma colectiva generada por el delito, y mucho menos, el valor de la justicia en darle a cada quien lo suyo de acuerdo a una igualdad proporcional y según sus propias ejecutorias” (Sentencia C-762/02, Fundamento 6.4.5)

En consecuencia, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho.

§10. Aplicación del *test* de proporcionalidad a la ley impugnada

43. Destacados los fines de la pena como bienes constitucionalmente protegidos, corresponde evaluar la disposición cuestionada a la luz del *test* de proporcionalidad. En otras palabras, corresponde evaluar si la norma cuestionada ha desvirtuado la finalidad que cumple la pena privativa de libertad en el orden constitucional.

44. Tal como quedó dicho, el fin que persigue la ley en cuestión, *prima facie*, no puede ser considerado como constitucionalmente inválido, toda vez que optimiza la libertad personal del penado al reducir el tiempo de purgación de pena en un establecimiento penitenciario. Y, desde luego, la medida adoptada, esto es, permitir que para tales efectos se abone el tiempo de arresto domiciliario al cómputo de la pena impuesta, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto, resulta idóneo para alcanzar dicho objetivo.

45. Sin embargo, ¿resulta razonable que el tiempo de arresto domiciliario (con las características que tiene en nuestro ordenamiento procesal penal vigente) sea computado “día por día” con la pena privativa de libertad?

46. Para este Tribunal Constitucional, una medida como la descrita vacía de contenido la finalidad preventivo-general de la pena privativa de libertad, pues reduce irrazonablemente la posibilidad de que genere un suficiente efecto intimidatorio. Además, y lo que es más grave, desvirtúa la posibilidad de que la sociedad afiance su confianza en el orden penitenciario constitucional, pues se observará con impotencia cómo delitos de naturaleza particularmente grave son sancionados con penas nimias, o absolutamente leves en relación al daño social causado. Ello alcanza mayores y perniciosas dimensiones en una sociedad como la nuestra en la que, de por sí, la

credibilidad de la ciudadanía en los poderes públicos se encuentra significativamente mellada.

47. Las funciones de valoración, pacificación y ordenación de este Tribunal lo obligan, en la resolución de cada causa, y más aún si se trata de un proceso de inconstitucionalidad, a no prescindir de los signos que revela la realidad concreta relacionada con la materia de la que se ocupa la ley que es objeto de control. En atención a ello, es preciso destacar que al 10 de junio del presente año, de las 75 personas a las que se había impuesto la medida de arresto domiciliario, 50, es decir, más del 66%, eran personas acusadas de encontrarse vinculadas con actos de corrupción tanto de la década pasada como recientes (*Diario La República* del 10 de junio de 2005, p. 6). Es decir, se trata de conductas que no sólo resultan contrarias al orden jurídico penal, sino que se riñen con los más elementales designios de la ética y la moral, y consiguientemente, con los valores hegemónicos de la axiología constitucional.

Tal como afirma el Preámbulo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ratificada por el Estado peruano el 4 de abril de 1997,

“[L]a corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos;

(...) la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio; (...)”.

Estos factores despejan toda duda respecto a la inconstitucionalidad del precepto impugnado, ya que anula todo fin preventivo-general de la pena privativa de libertad, al equipararla al arresto domiciliario. Es evidente que la punición benevolente de hechos que generan un repudio social absoluto y que afectan en grado sumo diversos bienes jurídicos de particular relevancia constitucional, mina la confianza de la población en el Derecho, con el consecuente riesgo para la consolidación del cuadro material de valores recogido en la Carta Fundamental.

48. Por otra parte, la norma resulta también contraria a la finalidad preventivo-especial de la pena, pues al permitir que el delincuente conciba el arresto domiciliario como una limitación de la libertad personal idéntica a la pena privativa de libertad, debilita e incluso descarta toda posibilidad de que internalice la gravedad de su conducta. Esto resultará particularmente evidente en el caso de delitos de corrupción, en los que los beneficios generados por la comisión del delito aparecerán como significativamente superiores a la gravedad de la pena impuesta como consecuencia de su comisión. La tendencia a la reiteración de esta conducta es, pues, un peligro inminente para la sociedad.

49. Asimismo, aun cuando las medidas tendientes a la rehabilitación y resocialización del penado que dispensan nuestros centros carcelarios no son óptimas, la posibilidad de que dichos objetivos se cumplan será menor, mientras se reduzca el tiempo de ejecución de la pena privativa de libertad.

§11.Efectos en el tiempo de la presente sentencia

51. En mérito a la “fuerza de ley” atribuida a las sentencias del Tribunal Constitucional, y a la luz de una interpretación que concuerda el artículo 204º de la Constitución, que establece la función de este Tribunal de dejar sin efecto las leyes que resulten incompatibles con la Norma Fundamental, con el artículo 103º de la Constitución, que establece que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo, el legislador del Código Procesal Constitucional ha establecido en su artículo 83º, que:

“Las sentencias declaratorias de (...) inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103º (...) de la Constitución.(...)”.

Es decir, dicho precepto autoriza a que, en virtud de una sentencia de este Colegiado expedida en los procesos de inconstitucionalidad, se declare la nulidad de resoluciones judiciales amparadas en leyes penales declaradas inconstitucionales, en la medida que de dicha retroactividad se desprenda algún beneficio para el reo.

52. No obstante, el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no puede ser interpretado desde la perspectiva exclusiva de los intereses del penado. Si tal fuera el caso, toda ley más favorable, incluso aquellas inconstitucionales, inexorablemente deberían desplegar sus efectos retroactivos concediendo la libertad al delincuente.

La interpretación de aquello que resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una comprensión institucional integral, es decir, a partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionalmente protegidos que resulten relevantes en el asunto que es materia de evaluación.

De ahí que, como quedó dicho, por ejemplo, las leyes inconstitucionales que conceden algún beneficio para el reo no podrán desplegar tales efectos porque, siendo el control difuso un poder-deber de toda la judicatura (artículo 138º de la Constitución), el juez a quien se solicite su aplicación retroactiva deberá inaplicarla por resultar incompatible con la Constitución.

La retroactividad benigna sustentada en una ley inconstitucional carece de efectos jurídicos.

53. Asimismo, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable debe ser ponderada a partir de una equilibrada valoración comparativa con la finalidad que cumplen las penas en contextos de especial convulsión social. Así, por ejemplo, si en dicho escenario

“(...) se agravan las penas de los delitos de hurto y de robo con fuerza en las cosas para evitar el pillaje y los saqueos que propicia tal situación excepcional, no resultará desproporcionada la imposición de tales penas cuando en un momento posterior a la vigencia temporal de dicha ley penal se juzguen los hechos acaecidos durante la misma y se aplique, no la nueva ley más favorable, sino la

anterior más dura. La nueva ley se debe a que ha cambiado el contexto fáctico relevante para la valoración penal concreta de la conducta, pero no la valoración penal que merecen los comportamientos realizados en tales circunstancias. Es más: el legislador seguirá considerando que la pena anterior era la más adecuada a la solución del conflicto suscitado -era la mínima necesaria y proporcionada para proteger ciertos bienes en ciertas circunstancias-, por lo que lo que produciría la aplicación de las nuevas penas, las más leves, es la parcial desprotección de ciertos bienes sociales esenciales”. (Lascuraín Sánchez, Juan Antonio. *Sobre la retroactividad penal favorable*. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, p. 38).

54. Es indudable que el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable se encuentra en directa relación con el derecho fundamental a la libertad personal del condenado. En consecuencia, el primer límite a la aplicación retroactiva de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad se encuentra en los supuestos en los que dicha retroactividad genere una afectación del derecho fundamental a la libertad personal.

Sucede, sin embargo –y tal como se ha expresado en la presente sentencia-, que no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal el hecho de que se permita que el tiempo de arresto domiciliario impuesto a cualquier persona (con excepción de las valetudinarias), sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto. Por el contrario, dicha previsión resulta manifiestamente inconstitucional, por desvirtuar la finalidad de las penas en el Estado social y democrático de derecho.

55. La función integradora del Tribunal Constitucional ha comportado que en reiteradas ocasiones tenga que supeditar la determinación de los efectos de sus sentencias a la optimización de la fuerza normativo-axiológica de la Constitución, evitando de esa manera que, en virtud de un análisis literal y asistemático de las normas que regulan la materia, se contravengan las principales funciones de los procesos constitucionales, cuales son:

“(…) garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”. (Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

56. Así, por ejemplo, en el Caso Legislación Antiterrorista (STC 0010-2002-AI), en relación con el artículo 103º de la Constitución, este Colegiado ha sostenido que:

“(…) tal regla, al autorizar la eventual realización de un nuevo juzgamiento, no limita la posibilidad del Tribunal Constitucional de modular los efectos en el tiempo de su decisión. Es decir, de autorizar que el propio Tribunal, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, pueda disponer una *vacatio sententiae*, y de esa manera permitir que el legislador democrático regule en un plazo breve y razonable, un cauce procesal que permita una forma racional de organizar la eventual realización de un nuevo proceso para los sentenciados por el delito de traición a la patria.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no

anula automáticamente los procesos judiciales donde se hubiera condenado por el delito de traición a la patria al amparo de los dispositivos del Decreto Ley N°. 25659 declarados inconstitucionales. Tampoco se deriva de tal declaración de inconstitucionalidad que dichos sentenciados no puedan nuevamente ser juzgados por el delito de terrorismo (...)”.

57. De esta manera, reafirmando sus funciones de valoración, ordenación y pacificación, este Colegiado llevó a cabo un justo *balancing* entre los derechos subjetivos de las personas acusadas de la comisión del delito de terrorismo y el interés de la sociedad de reprimir un delito de inestimable gravedad para la estabilidad del orden democrático, y frente al que el Constituyente había mostrado su especial repudio (literal f, inciso 24 del artículo 2º, y artículos 37º y 173º de la Constitución).

58. Esta exigencia del Estado Constitucional no es menos intensa en el ámbito internacional de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha efectuado similar ponderación al dejar en manos de los diferentes Estados la decisión sobre la libertad personal de las personas involucradas en actos terroristas, a pesar de haberse acreditado la afectación de su derecho al debido proceso:

“Corresponde al Estado, en su caso, llevar a cabo -en un plazo razonable- un nuevo proceso que satisfaga *ab initio* las exigencias del debido proceso legal, realizando ante el juez natural (jurisdicción ordinaria) y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculpados. La Corte no se pronuncia sobre la libertad provisional de estos, porque entiende que la adopción de dicha medida precautoria corresponde al tribunal nacional competente.” (Caso Castillo Petruzzi. Sentencia del 4 de septiembre de 1998. Serie C, núm. 41).

59. Una ponderación no menos equilibrada se requiere en un asunto en el que, como en el presente caso, se encuentra directamente involucrada la eficacia de la lucha anticorrupción prevista por el Estado peruano como su principal objetivo en el diseño de la política criminal de los últimos 5 años. No sólo por una cuestión de connotación sociológica, sino porque, en el plano normativo-constitucional, tal como ocurre con el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas, el espionaje, la traición a la patria y el genocidio, el Constituyente ha advertido la dimensión particularmente disvaliosa de los actos de corrupción, por la magnitud de daño que provocan al cuadro material de valores reconocido por la Constitución.

Es así que, como una medida preventiva, ha considerado en el artículo 41º de la Constitución que

“Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer una declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley”.

E incluso hace alusión a una de las concretas manifestaciones de los delitos de corrupción y a reglas específicas a aplicarse en el procesamiento de delitos de dicha índole:

“Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo para su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”.

60. El cumplimiento efectivo de la pena y, por ende, la consecución de la plena eficacia de los fines de la pena privativa de libertad en un Estado social y democrático de derecho, en especial en aquellos supuestos en los que es impuesta a los individuos que han incurrido en actos de corrupción, es un valor de especial relevancia en el ordenamiento constitucional.

61. Así las cosas, si bien no es posible que por medio de esta sentencia se puedan anular los efectos beneficiosos para el reo que el extremo viciado de inconstitucionalidad de la ley impugnada cumplió en el pasado, ello no obsta para que, a partir del día siguiente de publicación de esta sentencia, dicho extremo quede sin efecto incluso en los procesos que se hayan iniciado mientras estuvo vigente, esto es, en aquellos procesos en los que los efectos inconstitucionales de la ley aún se vienen verificando.

Y es que, tal como quedo dicho en el Fundamento 5, *supra*, la declaración de inconstitucionalidad, a diferencia de la derogación, anula los efectos de la norma, o lo que es lo mismo, su capacidad reguladora, por lo que, una vez declarada su inconstitucionalidad, será imposible aplicarla.

62. En consecuencia, por virtud del efecto vinculante de una sentencia del Tribunal Constitucional para todos los poderes públicos (artículo 82° del Código Procesal Constitucional), las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se refiere) que no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado sus efectos inconstitucionales.

63. Del mismo modo, los jueces o tribunales que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar los medios impugnatorios y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

Precítese que la obligación de los jueces y magistrados de actuar de conformidad con lo reseñado en los dos fundamentos precedentes, es exigible incluso antes de la publicación de esta sentencia en el diario oficial *El Peruano*, pues los criterios jurisprudenciales vertidos en relación con las sustanciales diferencias entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva, imponen la aplicación del control difuso contra la ley impugnada.

Una interpretación distinta supondría reconocer que el Estado social y democrático de derecho carece de los instrumentos que permiten garantizar la plena vigencia de

los principios en los que se sustenta, así como de los derechos y libertades que está llamado a defender; lo que para este supremo intérprete de la Constitución resulta, a todas luces, inaceptable.

64. El Tribunal Constitucional lamenta que el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial no hayan advertido el serio daño a la lucha contra la corrupción que la ley impugnada cometía, así como la manifiesta inconstitucionalidad en que incurría. Es por ello que exhorta a los poderes públicos a guardar *in suo ordine* una especial diligencia en el combate contra este flagelo social, que debe ser extirpado no sólo mediante medidas sancionatorias, sino también a través de una intensa política educativa que incida en los valores éticos que deben prevalecer en todo Estado social y democrático de derecho.

b. PRECEDENTES VINCULANTES EN MATERIA PENAL, PROCESAL PENAL Y EJECUCIÓN PENAL

<p>EXP. N° 3771-2004-HC/TC MIGUEL CORNELIO SÁNCHEZ CALDERÓN</p>

CASO

Con fecha 27 de setiembre de 2004, el recurrente interpone acción de hábeas corpus contra la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Piura, solicitando su inmediata excarcelación. Manifiesta que fue detenido por la Policía Nacional el 1 de junio de 1995, posteriormente procesado por la comisión del delito de terrorismo y condenado a la pena de cadena perpetua. Agrega que dicho proceso fue anulado, lo mismo que la sentencia, y que se le instauró un nuevo proceso con mandato de detención, cumpliendo hasta la fecha más de 111 meses de reclusión en el Establecimiento Penal de Río Seco de Piura, habiendo transcurrido en exceso el plazo máximo de detención que establece el artículo 137° del Código Procesal Penal, sin haberse expedido sentencia en primera instancia, por lo que la privación judicial de su libertad ha devenido en arbitraria e inconstitucional.

Realizada la investigación sumaria, el juez investigador toma la declaración del accionante, quien se ratifica en los términos de la demanda. Por su parte, Luis Alberto Cevallos Vega, vocal de la Sala Penal demandada, rinde su declaración explicativa manifestando que un anterior juzgamiento del demandante fue declarado nulo en virtud de una sentencia del Tribunal Constitucional, pero que se le abrió un nuevo proceso penal con mandato de detención con fecha 16 de mayo de 2003, conforme al Decreto Legislativo N.° 922, añadiendo que a partir de dicha fecha corre el plazo de detención de 36 meses establecido para los delitos de terrorismo, el mismo que aún no ha vencido.

El Octavo Juzgado Penal de los Módulos Penales de Piura, con fecha 1 de octubre de 2004, declara infundada la demanda, por estimar que, de conformidad con el artículo 4° del Decreto Legislativo N.° 922, el plazo máximo para aplicar el artículo 137° del Código Procesal Penal se cuenta a partir del auto de apertura de instrucción, que, en el caso de autos, es el 16 de mayo de 2003, siendo el plazo máximo de detención para el delito de terrorismo de 36 meses, el mismo que no ha transcurrido en exceso en el caso del accionante.

La Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Piura, con fecha 20 de octubre de 2004, declara improcedente la acción de hábeas corpus, por los mismos fundamentos

PRECEDENTE

§ 2. Sobre la aplicación del Código Procesal Constitucional (Ley N.º 28237)

2. Debe señalarse que, hallándose la causa en sede del Tribunal Constitucional, en el estado de absolverse el grado del recurso extraordinario, con fecha 1 de diciembre de 2004, entró en vigencia el Código Procesal Constitucional (Ley N.º 28237), que regula los procesos constitucionales, entre ellos el hábeas corpus.

3. Este corpus normativo establece, en su Segunda Disposición Final, que *“las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado”*.

4. Es necesario precisar que si bien de la citada disposición legal se puede interpretar que un proceso constitucional en curso, como el de autos, puede comenzar a ser regido por una nueva ley procesal, ello solo será posible siempre que la aplicación de la referida norma garantice la vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que debe ser apreciado atendiendo a las particularidades del caso en concreto.

§ 3. El derecho a la de presunción de inocencia y el plazo razonable de la prisión preventiva

6. Al igual que por imperio del derecho a la presunción de inocencia, el encarcelamiento preventivo no se ordenará sino cuando sea estrictamente necesario para asegurar que el proceso se pueda desarrollar sin obstáculos hasta su finalización, cuando la sentencia con que culmine no deje de merituar ninguna prueba (ni sufra la adulteración de alguna) por obra del procesado, y cuando se cumpla efectivamente la pena que ella imponga.

7. Por la misma razón (la presunción de inocencia), tampoco podrá prolongarse más de lo estrictamente indispensable para que el proceso se desenvuelva y concluya con una sentencia definitiva, mediante una actividad diligente de los órganos jurisdiccionales especialmente estimulada por la situación de privación de la libertad de un presunto inocente, y sin que pueda pretenderse la ampliación de aquel término argumentándose que se mantienen los peligros para los fines del proceso o la concurrencia de cualquier clase de inconvenientes prácticos (todos los imaginables deben estar comprendidos en el término límite), ni mucho menos con argumentos que encubran o pretendan justificar la incuria o displicencia de los funcionarios responsables.

8. El derecho de que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, si bien no encuentra reflejo constitucional en nuestra *Lex Superior*, se trata de un derecho, propiamente de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2º, 24) de la Constitución) y, por ello, se funda en el respeto a la dignidad de la persona.

9. La interpretación que permite a este Tribunal reconocer la existencia implícita del referido derecho en la Constitución, se encuentra plenamente respaldada por su

Cuarta Disposición Final y Transitoria, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

10. Al respecto, debe señalarse que en el ordenamiento supraestadual existen diversos tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado que sí reconocen expresamente este derecho. Tal es el caso del artículo 9°3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “[t]oda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”. Por su parte, el artículo 7°5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de “[t]oda persona detenida o retenida (...) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”.

11. En consecuencia, el derecho de que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocidos por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser desconocido.

§ 4. Sistemas de limitación temporal de la prisión preventiva

15. Esta postura normativa coincide con lo reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando afirma que “La Comisión ha mantenido siempre que para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima *prima facie*, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso. Esta acción sería congruente con el principio de presunción de inocencia y con todos los otros derechos asociados al debido proceso legal” (Informe N.º 12/96, párrafo 70).

17. Tal situación se aprecia en nuestro ordenamiento jurídico penal, pues el artículo 137° del Código Procesal Penal que regula el plazo máximo de la detención judicial, que en lo establece que dichos plazos máximos fijados por el legislador integran el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal, puesto que el mantenimiento de la situación de prisión preventiva por un tiempo excesivo al previsto lesiona el derecho a la libertad personal.

§ 5. Criterios para valorar la razonabilidad de la duración de la detención judicial

18. Los parámetros legales, si bien son válidos para el enjuiciamiento de un caso concreto en el que haya sido dispuesta la medida, sin embargo, no agotan el contenido de dicho derecho fundamental, de modo que ni todo el plazo máximo legal es *per se* razonable, ni el legislador es totalmente libre en su labor de establecer o concretar los plazos máximos legales. Aunque no haya transcurrido todavía el plazo máximo legal, puede lesionarse el derecho a la libertad personal si el imputado permanece en prisión provisional más del plazo que, atendidas las circunstancias del caso, excede de lo razonable. Su duración debe ser tan solo la que se considere indispensable para conseguir la finalidad con la que se ha decretado la prisión preventiva; por lo tanto, si

la medida ya no cumple los fines que le son propios, es preciso revocarla de inmediato.

19. En efecto, para valorar si la duración de la detención judicial ha excedido, o no, el plazo máximo, este Tribunal, integrando el concepto de *plazo razonable*, se refirió a los criterios sentados por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cf. Caso Berrocal Prudencio, Exp. N.º 2915-2004-HC/TC, que en síntesis son los siguientes: 1. La naturaleza y complejidad de la causa. Es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (Caso Tomasi. Sentencia del TEDH, del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos delictivos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil. 2. La actitud de los protagonistas del proceso: por una parte, la inactividad o, en su caso, la actividad desplegada por el órgano judicial, esto es, analizar si el juez penal ha procedido con diligencia especial y con la prioridad debida en la tramitación del proceso en que el inculcado se encuentre en condición de detenido, y, por otra, la propia actividad procesal del detenido, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, distinguiendo el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras, ambas, del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado constitucional permite), de la denominada *defensa obstruccionista* (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional).

§ 6. Análisis del acto lesivo materia de controversia constitucional

26. No cabe duda de que con la previsión legal del plazo máximo de duración de la detención judicial, el afectado por la medida cautelar puede conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad. No obstante, como viene ocurriendo reiteradamente en el panorama judicial nacional, el hecho de que no se decrete la libertad inmediata de un procesado tras la culminación del plazo máximo de detención, obligándole, por el contrario, a que permanezca detenido *ad infinitum*, so pretexto de un equivocado concepto de la tramitación procesal, solo puede significar que se han transgredido todas las previsiones jurídicas que garantizan un proceso debido o regular, y que dicha situación ha comprometido, en particular, la eficacia o existencia de uno de aquellos derechos innominados constitucionalmente, pero, a la par, consustanciales a los principios del Estado democrático de derecho y al derecho a la dignidad de la persona reconocidos en el artículo 3º de la Constitución Política del Estado, como lo es, sin duda, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

EXP. N° 1257-2005-PHC/TC
ENRIQUE JOSÉ BENAVIDES MORALES

CASO

Con fecha 30 de abril de 2004, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Enrique José Benavides Morales, alegando que el proceso de extradición que se sigue en su contra vulnera sus derechos de defensa y al debido proceso. Manifiesta que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró, con fecha 9 de diciembre de 2003, procedente la extradición sin cumplir con notificar a su abogado defensor de la vista de la causa, a pesar de haberse apersonado a instancia. Señala además que el beneficiario tampoco fue notificado para vista de causa alguna por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, la que mediante resolución de fecha 17 de febrero de 2004 integró la resolución antes mencionada.

Realizada la investigación sumaria, se tomó la declaración de los vocales de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, señores Gonzales Campos, Valdez Roca, Cabanillas Zaldívar y Vega Vega, quienes uniformemente afirman que la causa se ha resuelto dentro de los límites y formalidades que señalan las normas procesales, constitucionales y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El Octavo Juzgado Penal de Lima, con fecha 10 de junio de 2004, declaró improcedente la demanda, por considerar que el cuestionado es un proceso penal regular.

La Segunda Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 5 de octubre de 2004, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus, por considerar que el demandante debió plantear el cuestionamiento que es materia del hábeas corpus en el del proceso de extradición.

PRECEDENTE

1. Antes de determinar si la pretensión resulta fundada, este Colegiado considera pertinente hacer notar, como ya lo señaló anteriormente [Exp. N.º 3966-3004-HC/TC], que la extradición “(...) es un instituto jurídico que viabiliza la remisión de un individuo por parte de un Estado, a los órganos jurisdiccionales competentes de otro, a efectos que sea enjuiciado o cumpla con una condena señalada”. Los Estados recurren a tales procedimientos en el caso de que un imputado se sustraiga de la acción de la justicia, ocultándose en un país distinto del suyo. El sustraerse de la acción de la justicia constituye, evidentemente, una conducta obstruccionista del proceso, tanto más si ello implica salir del territorio del país, obligando así a las autoridades judiciales a recurrir al procedimiento de extradición. Dicha conducta debe ser tomada en cuenta al momento de determinar el plazo razonable del proceso y de la detención, conforme a los criterios expuestos por este Tribunal en la sentencia recaída en el expediente N.º 2915-2004-HC/TC.

EXP. N° 2496-2005-PHC/TC
EVA ROSARIO VALENCIA GUTIERREZ

CASO

Con fecha 30 de setiembre de 2004, la recurrente interpone acción de hábeas corpus contra la Sala Nacional de Terrorismo, solicitando su inmediata excarcelación. Manifiesta encontrarse recluida desde el 14 de mayo de 1993, habiendo sido procesada por el supuesto delito de terrorismo en agravio del Estado; que fue condenada por jueces “sin rostro” a 30 años de pena privativa de libertad, proceso que fue anulado al declararse la inconstitucionalidad de los dispositivos legales aplicados, ordenándose la tramitación de un nuevo proceso. Agrega que se han vulnerado sus derechos constitucionales, dado que hasta la fecha no se ha resuelto su situación jurídica, pese a haber transcurrido más de 10 años de reclusión, periodo que excede el máximo del plazo establecido en el artículo 137.º del Código Procesal Penal, por lo que al no existir mandato judicial que ordene su detención esta ha devenido en arbitraria.

Realizada la investigación sumaria, la accionante se ratifica en los términos de su demanda. Por su parte el Presidente de la Sala Nacional de Terrorismo, señor Pablo Talavera Elguera, sostiene que no existe detención arbitraria, que en aplicación del Decreto Ley N.º 926, la Sala Penal que integra, declaró la nulidad de los actuados y la insubsistencia de la acusación fiscal por encontrarse tramitados por magistrados de identidad secreta. Asimismo, alega que por disposición del decreto citado, el término de detención se computa desde la fecha de expedición de la resolución que declara la anulación, y que, tratándose de procesos de terrorismo, como el seguido contra el demandante, el plazo máximo de detención es de 36 meses.

El Procurador Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial, con fecha 10 de setiembre de 2004, se apersona al proceso, solicitando se declare improcedente la demanda por tratarse de un proceso regular, ante el cual el hábeas corpus no puede ser eficaz.

El Cuadragésimo Séptimo Juzgado Penal de Lima, con fecha 14 de setiembre de 2004, declara improcedente la demanda, por considerar que no se acredita el alegado exceso de detención, puesto que, encontrándose el actor sujeto a instrucción por el delito de terrorismo, el cómputo del plazo de detención establecido en el artículo 137.º del Código Procesal Penal se inicia a partir de la resolución que declara la anulación.

La Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 16 de febrero de 2005, que declara improcedente la acción de hábeas corpus por fundamentos similares.

PRECEDENTE

3. En reiterada jurisprudencia, este Colegiado ha sostenido que el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso. En el presente caso, habida cuenta de que se han establecido judicialmente restricciones al pleno ejercicio de la libertad locomotora, tras la imposición de la medida cautelar de

detención preventiva, el Tribunal Constitucional tiene competencia, *ratione materiae*, para evaluar la legitimidad de los actos judiciales considerados lesivos.

§. De los límites a la libertad personal

5. Conforme a lo enunciado por éste Tribunal en reiterada jurisprudencia, la libertad personal es no es solo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado; pues se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley.¹

Por ello, los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma que reconoce el derecho; por el ejercicio de uno o más derechos constitucionales, o por el ejercicio de uno o varios bienes jurídicos constitucionales

§. De la detención preventiva

7. El artículo 9.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo

8. De cuyo contenido se infiere que la detención preventiva constituye una de las formas constitucionales de garantizar que el procesado comparezca a las diligencias judiciales.

§. La legislación penal en materia antiterrorista

12. Con relación a la aplicación de las normas penales, este Tribunal ha manifestado, en reiterada jurisprudencia, que en la aplicación de normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse².

13. Siendo ello así, resulta de aplicación al caso de autos, el artículo 1º de la Ley N.º 27553, que desde el 13 de noviembre de 2001 modifica el artículo 137.º del Código Procesal Penal, estableciendo que el plazo de detención en el proceso penal ordinario tiene una duración máxima de 18 meses; que se **duplicará** en caso de que el proceso sea por los delitos de terrorismo, tráfico de drogas, espionaje u otro de naturaleza compleja seguido contra más de diez imputados.

1 STC N° Caso 1230-2002-HC Caso Tineo Cabrera

2 STC N° 1593-2003-HC, Caso Dionicio Llajaruna Sare.

EXP. N° 6423-2007-PHC/TC
ALI GUILLERMO RUIZ DIANDERAS

CASO

Con fecha 30 de octubre de 2007 don Emmer Guillermo Ruiz Dianderas, interpone demanda de hábeas corpus, a favor de don Alí Guillermo Ruiz Dianderas, y la dirige contra el Jefe de la Policía Judicial de Puno, Capitán PNP Oswaldo F. Venturo López, alegando la vulneración de su derecho constitucional a la libertad personal.

Refiere que, con fecha 26 de setiembre de 2007, a horas 1:00 pm, el favorecido ha sido detenido por la Policía Nacional en la ciudad de Desaguadero (Puno), siendo trasladado y puesto a disposición del Capitán PNP emplazado en el mismo día, a horas 10:00 p.m.; para luego ser conducido a la carceleta judicial. Agrega que dicha detención es arbitraria, ya que ha transcurrido más de 4 días, y no se le pone a disposición judicial, por lo que solicita la inmediata libertad.

Realizada la diligencia judicial el 30 de setiembre de 2007, a horas 4:30 p.m., el juez del hábeas corpus constata que el beneficiario efectivamente ha sido detenido el 26 de setiembre de 2007, a horas 1:00 p.m., por encontrarse vigente en su contra una orden de captura (requisitoria), por el delito de falsificación de documentos y otro, dispuesta por el Décimo Séptimo Juzgado Penal de Lima (Exp. N.º 2000-027); y ante la pregunta del juez sobre los motivos por los cuales el favorecido a la fecha no ha sido trasladado a la ciudad de Lima, el efectivo policial emplazado respondió que *“no ha sido trasladado oportunamente por no contar con los viáticos respectivos, y a solicitud del requisitoriado quien no quería pasar detenido a la carceleta de Lima”*(sic), precisando que ha realizado las gestiones para la obtención de los viáticos, pero que no le han sido alcanzados. Ante ello, el juez constitucional ordenó que el beneficiario sea puesto a disposición del Décimo Séptimo Juzgado Penal de Lima en el término de la distancia.

Posteriormente, el recurrente, mediante escrito de fecha 3 de octubre de 2007 (fojas 30), señala que el Capitán PNP emplazado no ha dado oportuno cumplimiento a lo ordenado por el juez constitucional, ya que el favorecido Alí Guillermo Ruiz Dianderas permaneció detenido hasta el 2 de octubre de 2007, esto es, por seis (6) días consecutivos, lo cual, constituye una detención por demás arbitraria e inconstitucional.

El Primer Juzgado Penal de Puno, con fecha 30 de setiembre de 2007, declaró improcedente la demanda por considerar que no se ha afectado el derecho a la libertad personal del beneficiario, pues si bien se ha verificado la detención por más de 24 horas, aquella obedece a hechos ajenos a la Policía Judicial en razón de que no se proporcionaron los viáticos para el traslado respectivo.

La Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Puno, con fecha 30 de octubre de 2007, confirmó la apelada, por similares fundamentos.

PRECEDENTE

Reglas vinculantes para la tutela del derecho a ser puesto a disposición judicial dentro del plazo estrictamente necesario o dentro del plazo máximo de la detención

12. Sentado lo anterior, resulta necesario establecer las reglas sustantivas y procesales para la tutela del derecho a ser puesto a disposición judicial dentro de los plazos señalados *supra*. Estas reglas deben ser interpretadas en la perspectiva de optimizar una mejor protección del derecho a la libertad personal, en la medida que no solo es un derecho fundamental reconocido, sino que además es un valor superior del ordenamiento jurídico y presupuesto de otros derechos fundamentales.

a) Regla sustancial: El plazo de la detención que la Norma Fundamental establece es un plazo máximo, de carácter absoluto, cuyo cómputo es inequívoco y simple, pero no es el único, pues existe también el plazo estrictamente necesario de la detención. Y es que, aún si la detención no hubiera traspasado el plazo máximo, ese dato *per se* no resulta suficiente para evaluar los márgenes de constitucionalidad de la detención, pues esta tampoco puede durar más allá del plazo estrictamente necesario (*límite máximo de la detención*). Como es evidente, el límite máximo de la detención debe ser establecido en atención a las circunstancias de cada caso concreto, tales como las diligencias necesarias a realizarse, la particular dificultad para efectuar determinadas pericias o exámenes, el comportamiento del afectado con la medida, entre otros.

En suma, resulta lesiva al derecho fundamental a la libertad personal la privación de esta en los supuestos en que ha transcurrido el plazo máximo para la detención, o cuando, estando dentro de dicho plazo, se ha rebasado el plazo estrictamente necesario; en ambos casos, dicho estado de cosas queda privado de fundamento constitucional, y la consecuencia debe ser la puesta inmediata de la persona detenida a disposición del juez competente para que sea este quien determine si procede la detención judicial respectiva o la libertad de la persona, sin perjuicio de las responsabilidades que señala la ley para la autoridad, funcionario o persona que hubieran incurrido en ellas.

b) Regla procesal: El derecho a ser puesto a disposición judicial dentro del plazo estrictamente necesario de la detención o dentro del plazo máximo de la detención resulta *oponible* frente a cualquier supuesto de detención o privación de la libertad personal que se encuentre regulado por el ordenamiento jurídico (detención policial, detención preliminar judicial, etc.). En ese sentido, a efectos de optimizar su tutela, lo que corresponde es que la autoridad competente efectúe un control de los plazos de la detención tanto concurrente como posterior, dejándose constancia del acto de control, disponiendo, si fuera el caso, las medidas correctivas pertinentes, bajo responsabilidad. Este control de los plazos de la detención debe ser efectuado tanto por el Representante del Ministerio Público como por el juez competente, según corresponda, sin que ambos sean excluyentes, sino más bien complementarios.

c. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA POSTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**EXP. N° 1680-2009-PHC/TC
ANTAURO IGOR HUMALA TASSO Y OTROS**

CASO

Con fecha 12 de noviembre de 2008, don Isaac Humala Núñez y don Wilfredo Córdova Izaguirre interponen demanda de hábeas corpus a favor de don Humala Tasso Igor Antauro y de otras 148 personas, a fin de que se declare la nulidad de la resolución de fecha 3 de enero de 2008 que dispone la prolongación de la detención de los favorecidos por 36 meses adicionales, así como la nulidad de su confirmatoria mediante resolución de fecha 29 de setiembre de 2008, recaídas en el proceso penal que se les sigue por la presunta comisión de los delitos de rebelión, homicidio calificado, secuestro y sustracción o arrebato de armas de fuego, y que en consecuencia, se ordene la inmediata libertad de los mismos, toda vez que, según refieren, han sido emitidas arrogándose la competencia exclusiva del juez penal y sin conocimiento de los procesados, lo que, a criterio de los accionantes, constituye la violación de los derechos constitucionales a la jurisdicción predeterminada por la ley y a la libertad personal.

Sostienen que la resolución que dispone la prolongación de la detención ha sido emitida por la Sala Superior emplazada, pese a que carecía de competencia para ello, pues según refieren, tal atribución le corresponde únicamente al juez penal y que la Sala Superior Penal sólo conoce el caso en grado de apelación o en consulta; además que ha sido emitida sin conocimiento de los beneficiarios, por lo que, en ambos supuestos contraviene el artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991. Agregan asimismo, que el plazo máximo de la dúplica de la detención preventiva (36 meses) venció respecto de los procesados Alarcón Velarde Lucimar; Quispe Pacori Jesús y Barreto Palian Carlos Aldo el 1 de enero de 2008; y, respecto de los procesados Humala Tasso Antauro Igor y Villalva Follana Jorge Renato el 2 de enero de 2008, sin que hayan sido puestos inmediatamente en libertad, por lo que, la resolución de fecha 3 de enero de 2008 que dispone la prolongación de la detención preventiva por 36 meses adicionales no les resulta aplicable, toda vez que ha sido emitida luego de vencido el plazo antes señalado. Por último, señalan que los vocales supremos emplazados han resuelto confirmar la resolución que dispone la prolongación de la detención, declarando no haber nulidad, todo lo cual, vulnera los derechos constitucionales antes invocados.

Realizada la investigación sumaria y tomada las declaraciones explicativas, los beneficiarios en su mayoría se ratifican en la demanda interpuesta a su favor, mientras que otros muestran su disconformidad con la misma, tal como se detallará

en los considerandos que forman parte de la presente. Por su parte, las magistradas superiores emplazadas doña Carmen Liliana Rojassi Pella y doña Berna Julia Morante Soria coinciden en señalar que la resolución que dispone la prolongación de la prisión preventiva ha sido emitida de acuerdo a ley y a la jurisprudencia constitucional, pues concurren circunstancias que importan una especial dificultad, además de la pluralidad y gravedad de los delitos instruidos, la que, posteriormente ha sido confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la República. La magistrada Carmen Liliana Rojassi Pella precisa que a la fecha la mayoría de los procesados se encuentran en libertad al haberse acogido a la figura procesal de la conclusión anticipada del proceso, encontrándose reclusos sólo 29 de ellos.

Por otro lado, los vocales supremos emplazados, señores Duberli Apolinar Rodríguez Tineo; Javier Villa Stein; Héctor Valentín Rojas Maraví y Carlos Zecenarro Mateus coinciden también en señalar que la decisión adoptada ha sido emitida luego de un análisis jurídico de acuerdo a la situación procesal de los procesados, así como de acuerdo a las normas constitucionales, penales y procesales penales vigentes, no habiéndose producido la vulneración de los derechos invocados por los accionantes.

El Segundo Juzgado Penal de Lima, con fecha 12 de diciembre de 2008, declaró infundada la demanda por considerar que no se ha producido la violación de los derechos invocados, toda vez que el proceso penal que se les sigue a los favorecidos es uno de naturaleza compleja existiendo evidentes indicios de que se puedan sustraer a la acción de la justicia y no permitir el normal desarrollo del mismo.

La Sala Penal para Procesos con Reos Libres de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 12 de febrero de 2009 confirmó la apelada por considerar que no se ha producido la afectación a los derechos invocados, toda vez que la norma que los recurrentes señalan no es restrictiva sino que alcanza a todo juzgador penal, por lo que, la prolongación de la detención preventiva de los favorecidos se encuentra arreglada a ley.

FUNDAMENTOS

El derecho a ser juzgado por un juez competente y la competencia de la Sala Penal Superior para disponer la prolongación de la detención preventiva

5. El derecho a ser juzgado por un Juez competente garantiza que ninguna persona pueda ser sometida a un proceso ante una autoridad que carezca de competencia para resolver una determinada controversia. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Tribunal Constitucional vs Perú ha señalado que “toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete”.

7. Es claro que uno de los elementos que preside los casos en que se cuestiona el mantenimiento de la detención preventiva es la privación de la libertad personal sin que exista sentencia condenatoria de primer grado no obstante el tiempo transcurrido. Si bien el tercer párrafo del artículo 137º del Código Procesal Penal de 1991 señala

que: “(...) La prolongación de la detención se acordará mediante auto debidamente motivado, de oficio por el **Juez** o a solicitud del Fiscal y con conocimiento del inculpado (...)”; también lo es que dicha afirmación sólo resulta válida cuando se trata de los procesos penales sumarios en los que corresponde al Juez penal emitir sentencia de primer grado y a la Sala Superior conocer el caso penal en grado de apelación; por tanto, de ser el caso, sólo aquel Juez penal podría disponer la continuación de la prisión preventiva en tanto que no exista sentencia dictada por él; sin embargo, tal razonamiento no sería de aplicación tratándose de los procesos penales ordinarios, ya que en este tipo de procesos quien realiza el juicio oral y emite la sentencia en primera instancia no es el Juez penal sino la Sala Superior que es el caso de autos.

Así pues en estos extremos se necesita llegar a una interpretación teleológica o funcional del texto de la norma pertinente en el sentido que la Sala Superior emita pronunciamiento sobre el mantenimiento de la detención provisional por tratarse de una Sala Superior que ha asumido competencia con arreglo a ley.

8. Por cierto, puede suceder que estando el proceso penal ordinario en la fase del juicio oral se produzca el vencimiento del plazo máximo de la detención preventiva. En tal situación, habiendo perdido competencia el Juez penal para conocer del proceso principal y obviamente también respecto de la medida coercitiva personal, corresponde a la Sala Superior y no al Juez penal emitir pronunciamiento sobre la libertad del procesado. En este sentido, la tesis de la demanda según la cual la Sala Superior emplazada no tuvo competencia para disponer la prolongación de la detención provisional resulta desatinada y hasta nociva ya que es opuesta a los principios de economía y celeridad procesal porque tendría que devolver los autos al Juez penal para que sea éste quien se pronuncie sobre el mantenimiento de la medida coercitiva de la libertad.

El derecho de defensa y la comprobación del inculpado

10. El Tribunal Constitucional viene subrayando en su reiterada jurisprudencia que el derecho de defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso penal, resultando que su tutela se efectiviza desde una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el instante mismo en que toma conocimiento de la imputación que se le atribuye o la decisión judicial que por vicios en el procedimiento o errores en el juzgar presuntamente lo perjudican; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Este último implica también el derecho a ser notificado en forma debida de todas las diligencias que se actúen al interior de un proceso, de las cuales se pueda desprender, en mayor o menor grado, una limitación para ejercer dicho derecho.

12. Sobre el particular cabe precisar que si bien es cierto que la redacción original del tercer párrafo del artículo 137º del Código Procesal Penal de 1991 establecía que la prolongación de la detención preventiva deberá ser acordada a solicitud del fiscal y con audiencia del inculpado, también lo es que la actual redacción del mencionado artículo sólo establece la posibilidad de que la prolongación de la detención preventiva

será acordada mediante auto motivado, de oficio por el juez o a solicitud del fiscal con conocimiento del inculpado, lo cual resulta aplicable al caso de autos en virtud del principio de aplicación inmediata de las normas. En efecto, el artículo 137º, tercer párrafo, del Código Procesal Penal, señala que:

“(…) La prolongación de la detención se acordará mediante auto debidamente motivado, de oficio por el Juez o a solicitud del Fiscal y con conocimiento del inculpado. Contra este auto procede el recurso de apelación, que resolverá la Sala, previo dictamen del Fiscal Superior dentro del plazo de setenta y dos horas” (énfasis agregado).

Esto quiere decir que lo que exige la disposición indicada es la notificación al imputado, lo que redundaría en el tema puesto que todas las decisiones del juez competente y no sólo ésta tienen que ser notificadas a las personas que intervienen en el proceso en la forma determinada por la Ley. En relación a este punto basta con entender que la sola participación del recurrente cuestionando la medida denota conocimiento de su existencia, puesto que para la impugnación se tiene que conocer obviamente el contenido y los alcances de la decisión cuestionada.

13. En este contexto, existiendo la posibilidad de que la resolución de prolongación de la detención preventiva pueda ser adoptada de oficio por el juez (la Sala Superior en nuestro caso), como ha ocurrido en el caso de autos, ello significa que no comporta ilegalidad y menos arbitrariedad la declaratoria de prolongación provisional sin conocimiento previo por parte del inculpado, sino que de aquella haya tenido conocimiento una vez decretada la medida y que el procesado pueda así postular su cuestionamiento en caso de disconformidad. De ahí que se haya previsto de manera expresa la posibilidad de que dicha decisión pueda ser recurrida ante el órgano superior jerárquico, como ocurrió en el caso de autos. Por consiguiente, la Resolución de fecha 3 de enero de 2008 (fojas 15), así como su confirmatoria por Ejecutoria Suprema (fojas 26) resultan formalmente válidas.

14. Finalmente, en cuanto a la denuncia en el sentido de que respecto a ciertos beneficiarios se habría vencido el plazo de su detención en momento anterior a la emisión de la resolución de prolongación de la detención, se tiene que en tanto genera efectos jurídicos que inciden en la libertad cabe su control constitucional vía el hábeas corpus, sin embargo este alegato, en el caso de autos, no comporta arbitrariedad según los postulados que sustentan la demanda. Empero, aun siendo un fundamento anexo o agregado constituye un pedido expreso en pro de la libertad pretendida, por lo que resulta menester realizar también pronunciamiento expreso al respecto.

La ley exige para todos los casos de decisiones sustanciales que el juzgador cumpla con los plazos que ella señala. Así, para la calificación de una demanda como para la expedición de la sentencia en la que concluye el proceso, es indudable que el juzgador debiera cumplir los plazos contemplados en la ley; pero, por diversas razones, especialmente la enorme carga procesal, no le resulta al juez posible humanamente el cumplimiento riguroso del mandato legal. Nos preguntamos entonces ¿será procedente sancionar con la nulidad la decisión jurisdiccional tardía con el único sustento de su tardanza? Evidentemente no cabe esta invalidación porque, como ya se ha dicho, esa decisión ha cumplido su finalidad aunque con tardanza en su emisión y

por tanto ha generado efectos jurídicos de diverso orden, tales como el propio cuestionamiento materia de autos y que resulta infundado. La jurisprudencia y la doctrina vienen señalando que, en todo caso, de ser cierta la afirmación, podría pedirse no la nulidad de la resolución por su demora sino la sanción disciplinaria al juez por el tardío cumplimiento de su deber.

EXP. N° 5786-2007-PHC/TC
RUBÉN NEMECIO CAJA COLLAZOS

CASO

Con fecha 29 de agosto de 2007, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus y la dirige contra la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín, alegando que se ha violado su derecho constitucional del debido proceso conexo a su libertad individual. Sostiene que con fecha 8 de noviembre de 2005, la Sala emplazada lo condena a veinte años de pena privativa de libertad por el delito de extorsión (Exp. N.º 2003-1712). Alega el demandante, que la pena impuesta por la Sala corresponde a una ley promulgada el 6 de octubre de 2004, cuando lo correcto sería aplicarle una sanción de doce años conforme a la norma vigente al momento de la comisión del hecho punible.

El Primer Juzgado Penal de Huancayo, con fecha 31 de agosto de 2007, declara infundada la demanda de hábeas corpus por considerar que la pena de veinte años se encuentra dentro de los parámetros establecidos por el delito por el que el recurrente fue condenado.

La Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín, con fecha 20 de setiembre de 2007, confirma la apelada por considerar que el accionante pudo hacer valer sus derechos al interior del proceso penal a través de los recursos legales pertinentes.

FUNDAMENTOS

Aplicación de normas en el tiempo en el derecho penal: Derecho penal sustantivo, Derecho procesal penal y Derecho penitenciario.

2. En cuanto a la aplicación de normas en el tiempo, cabe señalar que la regla general en nuestro ordenamiento jurídico, conforme al artículo 103º de la Constitución, es la aplicación inmediata. Ello implica que los hechos, relaciones o situaciones jurídicas existentes, se regulan por la norma vigente al momento en que éstos ocurren. En cambio, la aplicación retroactiva de las normas se produce cuando a un hecho, relación o situación jurídica se les aplica una norma que entró en vigencia después que éstos se produjeron. Nuestro ordenamiento prohíbe la aplicación retroactiva de las normas, con excepción de las que versen sobre materia penal, cuando favorecen al reo. Así, el artículo 103º de la Constitución dispone que “*Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo*”.

3. En el derecho penal material o sustantivo, la aplicación inmediata de las normas determina que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de su comisión. Ello es conforme con el ya referido artículo 103 de la Constitución pero también con el principio de legalidad penal, reconocido en el artículo 2,24.d de la Constitución, concretamente con la garantía de la *lex praevia* que impide ser condenado sobre la base de un marco normativo que no se encontraba vigente al momento de cometerse el hecho delictivo.

4. En el Derecho procesal penal, la aplicación inmediata de las normas, conforme al artículo 103° de la Constitución, implica que el acto procesal estará regulado por la norma vigente al momento en que éste se realiza, lo que ha venido a denominarse el principio *tempus regit actum*. (Cfr. Exp. N° 2196-2002-HC/TC, Carlos Saldaña Saldaña). Asimismo, este Tribunal Constitucional ha establecido que resulta igualmente aplicable el principio *tempus regit actum* en materia penitenciaria, excepto para los beneficios penitenciarios, en cuyo caso, dicha regla se ve morigerada por la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley, proclamado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, que vela porque la norma con la que se inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra, de manera que cualquier modificación realizada con posterioridad al inicio de un procedimiento, como la de solicitar un beneficio penitenciario, no debe aplicarse. En tal sentido, en materia de beneficios penitenciarios, resulta aplicable la norma vigente al momento de haberse solicitado el beneficio (Cfr. Exp. N° 2196-2002-HC/TC, Carlos Saldaña Saldaña; Exp. N° 1593-2003-HC/TC, Dionicio Llajaruna Sare).

EXP. N° 3509-2009-PHC/TC
WALTER GASPAS CHACÓN MÁLAGA

CASO

Con fecha 13 de noviembre de 2008, el recurrente interpone demanda constitucional de hábeas corpus, contra los siguientes magistrados: a) Ricardo Núñez Espinoza, Juez Penal de turno de la Corte Superior de Justicia de Lima; b) Saúl Peña Farfán, Juez del Sexto Juzgado Penal Especializado de la Corte Superior de Justicia de Lima; c) Carlos Carvajal Alvino, Fiscal Adjunto Superior de la Fiscalía Superior Especializada de Lima; d) Inés Villa Bonilla, Inés Tello de Ñecco y Carlos Ventura Cueva, Vocales de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, con el objeto de que siendo estimativa la presente demanda se declare: a) La nulidad e insubsistencia de la denuncia fiscal (N.º 07-2000-FPPE) de fecha 19 de enero de 2001; b) La nulidad del auto de apertura de instrucción de fecha 19 de enero 2001; c) La nulidad de auto ampliatorio de instrucción de fecha 17 de septiembre de 2001; d) La nulidad e insubsistencia de la acusación fiscal de fecha 12 de enero de 2004; e) Nulo el auto de enjuiciamiento de fecha 17 de agosto de 2004.

Sostiene el demandante que con fecha 28 de noviembre del año 2000 se le abre investigación fiscal por la presunta comisión de los delitos de cohecho propio y encubrimiento real, que concluyó con la formalización de denuncia ante el órgano jurisdiccional competente, habiéndose producido la apertura de instrucción N.º 293-2001, de fecha 19 de enero de 2001, la cual se amplió por haberse encontrado elementos de la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito. Alega que se le abrió proceso sin que previamente se lleve a cabo un antejuicio ante el Congreso de la República, lo que le correspondía por haberse desempeñado como Ministro de Estado. Asimismo señala que se ha afectado el principio de legalidad en su variante de irretroactividad de la ley penal, pues no obstante ser claro que el periodo de tiempo comprendido en la investigación fue el acaecido entre el año 1990 y 2000 el Fiscal Superior al momento de formular su acusación penal hace referencia a la Ley 27482, cuya fecha de publicación data del mes de junio de 2001, esto es mucho posterior a la época en que ocurrieron los hechos que se imputan como delictuosos y peor aún porque agrava la pena para esta clase delitos.

Adiciona el recurrente como argumento de su demanda que se ha vulnerado el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, señalando como fundamento que el proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito, fue abierto en el año 2001, siendo que a la fecha de interposición del presente proceso constitucional lleva casi 8 años en tramitación, sin que ni siquiera se haya emitido resolución en primera instancia, con lo que se habría vulnerado toda razonabilidad en el plazo de su tramitación.

Realizada la investigación sumaria, los demandados argumentan de modo general y respecto de cada una de las presuntas afectaciones lo siguiente: a) Que el recurrente no le alcanza la prerrogativa del antejuicio político, toda vez que esta prerrogativa está referida a aquellos actos que hayan sido consecuencia del ejercicio del cargo de Ministro; b) Que si bien se ha hecho referencia a la Ley 27482 que modifica el artículo 401º del Código Penal, la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal, más aún si se tiene en cuenta que dicha modificatoria lo único que hizo fue desarrollar una explicación de la conducta descrita y no ha sido aplicada al caso del recurrente; c) Que si bien es cierto que el proceso penal se ha prolongado en el tiempo, esto se encuentra debidamente justificado toda vez que el mismo es sumamente complejo, con la intervención de más de medio centenar de personas que obligan a su irremediable prolongación.

El Décimo Juzgado Penal de la Corte Superior de Lima, mediante resolución de fecha 02 de marzo de 2009, de fojas 593, declaró INFUNDADA la demanda de hábeas corpus por considerar que: a) Al recurrente no le alcanzaba la prerrogativa del antejuicio político en virtud a que los hechos que se le imputan obedecen a su actuar como miembro del Ejército del Perú y no como Ministro de Estado; b) No se le ha vulnerado el principio de irretroactividad de la ley penal, pues no ha sido aplicado el párrafo agregado por dicha ley al tipo penal de enriquecimiento ilícito; c) No existe afectación al plazo razonable, pues el proceso penal tiene la naturaleza de complejo, además de haberse iniciado el juicio oral en el año 2004.

La Cuarta Sala Penal para procesos con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 4 de mayo de 2009, CONFIRMÓ la resolución materia de alzada que declaraba INFUNDADA la demanda de autos, sustancialmente bajo idénticos argumentos que el A-quo.

FUNDAMENTOS

§. Presunta vulneración de la prerrogativa del antejuicio político

6. La Constitución Política del Perú, dentro de su desarrollo normativo, ha previsto en sus artículos 99° y 100° dos tipos de procedimientos por medio de los cuales se puede acusar a los altos funcionarios del Estado ante una posible infracción a la Constitución o por la comisión de un hecho delictivo. Estos procedimientos de acusación constitucional son de distinta naturaleza y, por ende, de distintos alcances; nos referimos al antejuicio político y al juicio político. Por obvias razones, en el presente caso efectuaremos un análisis sólo del primero de ellos, esto es el antejuicio político.

7. Así, respecto al antejuicio político el artículo 99° de la Constitución Política del Perú ha señalado que: “Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes del Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por **infracción de la Constitución** y por **todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones** y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas” (resaltado y subrayado agregados).

8. Por su parte el Tribunal Constitucional desarrollando dicho artículo ha precisado que: “...es un privilegio jurídico-político al cual tienen derecho ciertos funcionarios del Estado como: el Presidente de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los Vocales de la Corte Suprema, los Fiscales Supremos, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República...” (STC. 0006-2003-AI/TC), a mayor abundamiento ha señalado que: “... El antejuicio político es una prerrogativa funcional de naturaleza formal consistente en que los altos funcionarios del Estado señalados en el artículo 99° de la Constitución no sean procesados penalmente por supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin haber sido previamente despojados de la prerrogativa funcional en un procedimiento seguido con las debidas garantías procesales en el seno del Congreso de la República...” (STC. 2364-2008-PHC/TC).

9. Como se podrá advertir tanto de su configuración normativa, como el desarrollo jurisprudencial, existen dos materias por las cuales es posible que los Congresistas de la República puedan ejercer la atribución constitucional de la acusación constitucional; nos estamos refiriendo a: a) La infracción a la Constitución; y, b) Comisión de delito en el ejercicio de sus funciones. El análisis que se hará en el desarrollo argumentativo de la presente sentencia recaerá únicamente sobre el

segundo de ellos, por ser este uno de los fundamentos por los que el recurrente esgrime el presente proceso constitucional de la libertad.

10. En este excurso de razonamiento, este Tribunal considera necesario establecer que la prerrogativa del antejuicio político o, si se quiere, el procedimiento de acusación constitucional, es una institución jurídico-política que se instaura por la comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones, mas no está diseñado o configurado respecto de la comisión de delitos comunes. En otras palabras, la prerrogativa del antejuicio político no resulta aplicable a los altos funcionarios del Estado en todos los ámbitos de su vida, incluyendo la privada, sino sólo para aquellos casos en los que la conducta delictiva sea consecuencia de actos propios de su cargo (como por ejemplo peculado, cohecho, etc). Sostener lo contrario, sería afirmar que si uno de los altos funcionarios a los que hace referencia el artículo 99° de la Constitución atenta contra la vida de su cónyuge, éste tendría derecho al antejuicio político por el cargo que ostenta, lo que a juicio de este Colegiado es incongruente con el thelos de la institución jurídica bajo análisis.

11. El recurrente argumenta en su escrito de apelación de la sentencia emitida por el A-quo en el presente proceso constitucional que: “La ampliación de instrucción por el delito de enriquecimiento ilícito alcanzó el periodo de tiempo comprendido entre el año 1992 y 2000” año éste último en el que se desempeñó como Ministro de Estado en la Cartera del Interior, pero respecto de ello no se ha dicho nada, por lo que asegura que le alcanzaba la prerrogativa del antejuicio político. Dicha afirmación debe estimarse como un argumento de defensa del recurrente, pero que este Colegiado no comparte, pues si tenemos en cuenta el auto ampliatorio de instrucción obrante a fojas 38, por medio del cual se resolvió ampliar la instrucción por la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito, afirma que el evento fáctico que permite sostener la imputación formulada, está representada por el desbalance patrimonial del hoy recurrente cuando éste desempeñaba diversos cargos estratégicos en su condición de General del Ejército Peruano.

12. Ello evidencia que la instrucción que se le siguió y el juicio oral que a la fecha de presentación del presente proceso constitucional sigue vigente, no ha sido consecuencia de su accionar como Ministro de Estado, por lo que no está comprendido dentro de los alcances de la prerrogativa del antejuicio político.

§. Vigencia en el tiempo de la ley penal: Irretroactividad de la ley penal

13. En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de legalidad es uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se erige el sistema jurídico. Tratándose de una disposición que forma parte del derecho penal material, la ley aplicable es la vigente al momento de cometerse el delito. Así se desprende del ordinal “d” del inciso 24) del artículo 2° de nuestra Constitución, a tenor del cual: “...Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley...”.

14. De otra lado es también conocido que por mandato expreso de la Carta Fundamental del Estado una norma no puede ser aplicada de modo retroactivo, salvo

en materia penal cuando favorece al reo. Así, el artículo 103° ha precisado literalmente que: "...Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo...". Esta excepción es aplicable a las normas del derecho penal material, por ejemplo, en caso de que, posteriormente a la comisión del delito, entre en vigencia una norma que establezca una pena más leve. Por su parte el artículo 6° del Código Penal prescribe que se aplicará la norma vigente al momento de la comisión del delito y, en caso de conflicto de normas penales en el tiempo, se aplicará la más favorable.

15. Respecto a la irretroactividad de la ley, este Colegiado Constitucional ha tenido la oportunidad de afirmar que: "... La aplicación retroactiva de las normas se produce cuando a un hecho, relación o situación jurídica se les aplica una norma que entró en vigencia después que éstos se produjeron. Nuestro ordenamiento prohíbe la aplicación retroactiva de las normas. Como excepción a la regla se permite la aplicación retroactiva en materia penal, cuando favorece al reo..." (STC N.º 1300-2002-HC/TC). No obstante esta definición, no debe ser aplicada de modo literal, sino que debe existir una interpretación activa, es decir, caso por caso. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional el cual ha señalado en un proceso constitucional de hábeas corpus que: "...El alegato del recurrente para cuestionar el proceso penal por el delito de corrupción de funcionarios en la modalidad cohecho pasivo impropio, se basa en que al momento de la comisión del mismo no estaba tipificada la conducta delictiva por la que se le condena y en que recién con la modificatoria del 6 de octubre de 2004 se amplía el hecho típico. Sin embargo, la conducta delictiva sí se encontraba tipificada en el artículo 394 del Código Penal, con anterioridad a dicha modificatoria, lo que era suficiente para la configuración del tipo penal..." (STC. 1939-2004-PHC/TC).

16. Es conveniente aquí efectuar un análisis, a fin de determinar si es que se ha afectado la irretroactividad de la ley penal, entre la norma jurídica en la que se basó la imputación, esto es el artículo 401° que preveía el delito de enriquecimiento ilícito conforme a la descripción típica efectuada por el Código Penal de 1991 y la modificatoria que sufrió dicha norma a través de la Ley 27482 (Ley que regula la publicación de la Declaración Jurada de Ingresos y de Bienes y Rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado), la que en su artículo séptimo incorporó un párrafo en el artículo 401° del Código Penal, de fecha del 15 de junio de 2001, es decir posterior a los hechos materia de incriminación.

17. La descripción típica original (conforme al Código Penal de 1991) del delito enriquecimiento ilícito es como sigue: "El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años". A dicho artículo se le incorporó, a través de la Ley 27482 el siguiente párrafo: "Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita".

18. Analizados y comparados las dos descripciones típicas debemos afirmar, de modo categórico, que la modificatoria introducida por la ley a la que se ha hecho referencia en las consideraciones precedentes no incluye ningún elemento típico nuevo pues, en efecto, como bien lo ha precisado el A-quo, dicha incorporación lo único que hace es delimitar los elementos objetivos del tipo penal y no modifican la esencia de la imputación formulada contra el hoy recurrente, ni tampoco una agravación de la conducta que tenga repercusión con la intensidad de la respuesta punitiva de parte del Estado, por lo que su aplicación al caso no constituye una aplicación retroactiva de la ley penal. En tal sentido, este extremo de la demanda debe ser desestimada.

§. El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

19. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso (artículo 139º, inciso 3 de la Constitución), y goza de reconocimiento expreso en el artículo 14º, inciso 3.c de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas... c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas”; y en el artículo 8º, inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prescribe: “ Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Tales disposiciones cobran vigencia efectiva en nuestro ordenamiento a través del artículo 55 de la Constitución. Asimismo, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de esta Carta Política, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

§. Criterios para determinar la duración razonable del proceso penal

20. Habiéndose planteado en el presente caso, la eventual violación del derecho al plazo razonable del proceso o, lo que es lo mismo, que éste no sufra dilaciones indebidas, la determinación de si se violó o no su contenido constitucionalmente protegido es un tema que solo puede obtenerse a partir del análisis de los siguientes criterios: **a)** la actividad procesal del interesado; **b)** la conducta de las autoridades judiciales, y **c)** la complejidad del asunto; los cuales fueron establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Genie Lacayo y Suárez Rosero al analizar el tema del plazo razonable del proceso, los mismos que han sido recepcionados por el Tribunal Constitucional (Cfr. Exp. N.º 618-2005-PHC/TC. Caso Ronald Winston Díaz Díaz. FJ N.º 11; Exp. N.º 5291-2005-PHC/TC. Caso Heriberto Manuel Benítez Rivas y otra. FJ N.º 6). Tales elementos permitirán apreciar si el retraso o dilación es indebido (que es la segunda condición para que opere este derecho), lo que debe realizarse caso por caso y según las circunstancias.

21. Dicha determinación ha sido acogida por el Tribunal Constitucional quien ha expresado en la sentencia recaída en el caso Berrocal Prudencio (Expediente N.º

2915-2004-HC/TC), que: "...para valorar la complejidad de un caso es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil...".

22. En lo que respecta a la valoración de la actividad procesal del inculpado, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado Constitucional permite), de la denominada "defensa obstruccionista" (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional). En consecuencia, "(...) la demora sólo puede ser imputable al acusado si éste ha abusado de su derecho a utilizar los resortes procesales disponibles, con la intención de atrasar el procedimiento" (Informe N.º 64/99, Caso 11.778, Ruth Del Rosario Garcés Valladares. Ecuador, 13 de abril de 1999. Asimismo, Caso Wemhoff, TEDH, párrafo 2; y Caso Neumeister, TEDH, párrafo 2).

23. En reiterada jurisprudencia este Colegiado (Expediente N.º 0376-2003-HC/TC. Caso: Bozzo Rotondo. FJ. 9) ha sostenido que "...si bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso...".

24. En este orden de ideas, podría meritarse como defensa obstruccionista todas aquellas conductas intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, sea la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, sea las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones, entre otros. En todo caso, corresponde al juez penal demostrar la conducta obstruccionista del procesado.

25. En relación a la actuación de los órganos judiciales, este Tribunal, en reiterada jurisprudencia (Expediente N.º 2915-2004-HC/TC. Caso: Berrocal Prudencio), ha sostenido que será preciso evaluar el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad. En tal sentido, serían especialmente censurables, por ejemplo, la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; o, como estableciera el TEDH, los repetidos cambios de juez instructor, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general (Caso Clooth, párrafo 45).

§. Dimensiones de la infracción del derecho al plazo razonable del proceso penal

26. Por su parte, las dilaciones procesales atribuibles al propio órgano jurisdiccional pueden consistir en la omisión de resolver dentro de los plazos previstos en las leyes procesales, comportamiento que proviene de la pasividad o inactividad del órgano judicial lo que deviene en una demora o retardo del proceso (Cfr. Exp. 6390-2006-AA/TC. Caso: Margarita del Campo Vegas. FJ. N° 7: Omisión de pronunciamiento del Tribunal de honor; Exp. 549-2004-HC/TC. Caso: Manuel Rubén Moura García. FJ. N° 1: Omisión de expedición de sentencia; Exp. N° 3771-2004-HC/TC. Caso: Miguel Cornelio Sánchez Calderón. FJ. N° 1: Omisión de expedición de sentencia).

27. De otro lado, es posible también generar dilaciones indebidas a través de actividades procesales que por no ser adecuada para lograr la pronta solución del proceso genera una demora imputable al juez o al tribunal del caso. Es decir, se produce una determinada actuación que provoca una dilación persistente. Este Tribunal ha abordado este tema en la sentencia estimatoria recaída en el expediente N.º 3485-2005-HC/TC (Caso: Sandro Bustamante Romaní), en que el demandante hallándose sujeto a un proceso sumario iniciado en el año 1999, en el cual se emitieron dos sentencias absolutorias, las mismas fueron declaradas nulas por el tribunal superior fundamentando su decisión en la no consecución del objeto del proceso, sin tener en consideración la naturaleza sumaria del proceso (cuyo plazo legal es de 60 días, prorrogable a 30 días), dilató el juzgamiento cinco años, vulnerando así el derecho al plazo razonable del proceso.

EXP. N° 5350-2009-PHC/TC JULIO ROLANDO SALAZAR MONROE

CASO

Con fecha 9 de marzo de 2009, don José Humberto Orrego Sánchez interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Julio Rolando Salazar Monroe, contra las juezas integrantes de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, solicitando que se ordene el apartamiento de las juezas demandadas de conocer el proceso penal recaído en el Expediente N.º 28-2001 o que se ordene a las demandadas que den trámite a la recusación presentada contra ellas, por vulnerar sus derechos a la presunción de inocencia y a la prohibición de avocamiento ante causa judicial en trámite, así como el principio de juez imparcial.

Refiere que el favorecido ya ha sido condenado por los delitos de homicidio calificado y de desaparición forzada contra los estudiantes de la Universidad La Cantuta (Expediente N.º 03-2003) y que el colegiado que en esa ocasión lo juzgó es el mismo que lo viene procesando por su presunta participación en el caso “Barrios Altos” (Expediente N.º 28-2001). Al respecto, alega que en el proceso en el que ya fue condenado, por la propia conexidad entre ambos casos, la sentencia se pronuncia por hechos y circunstancias que también forman parte del *thema probandum* a discutirse

en el proceso que actualmente se le sigue por el caso “Barrios Altos”, lo que implica un adelantamiento de opinión que vulnera el principio de juez imparcial.

Realizada la investigación sumaria se tomó la declaración de don Julio Rolando Salazar Monroe, quien se ratificó en todos los extremos de la demanda interpuesta a su favor.

El Procurador Público Adjunto Ad Hoc a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda señalando que la sentencia impuesta al demandante ha sido emitida en un proceso regular con todas las garantías del debido proceso.

Las juezas Inés Felipa Villa Bonilla e Inés Tello de Ñecco manifiestan que no es cierto que en el proceso penal recaído en el Expediente N.º 28-2001 se le esté juzgando al demandante por los mismos hechos por los que se le sentenció en el proceso penal recaído en el Expediente N.º 03-2003.

La jueza Hilda Cecilia Piedra Rojas manifiesta que no existen las vulneraciones alegadas, debido a que el proceso penal recaído en el Expediente N.º 28-2001 se encuentra en el estadio procesal de lectura de piezas, es decir, que no existe aún pronunciamiento final sobre la responsabilidad penal del demandante, y porque los hechos sancionados en el proceso penal recaído en el Expediente N.º 03-2003 son diferentes a los hechos investigados en el proceso penal recaído en el Expediente N.º 28-2001.

El Cuadragésimo Primer Juzgado Penal de Lima, con fecha 2 de abril de 2009, declaró improcedente la demanda, por considerar que de conformidad con el inciso 3), del artículo 5º del Código Procesal Constitucional, la pretensión demandada fue resuelta a través de la resolución que resolvió la recusación de las juezas emplazadas.

La Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 17 de julio de 2009, revisora confirmó la apelada por el mismo fundamento, agregando que la resolución que resolvió la recusación de las juezas emplazadas fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la República.

Con fecha 9 de marzo de 2010, don José Humberto Orrego Sánchez presenta un escrito ratificándose en todos los alegatos de su demanda, precisando que el proceso penal cuestionado se viene vulnerando el derecho del favorecido a ser juzgado dentro de un plazo razonable, por cuanto se encuentra procesado por más de quince años por el caso “Barrios Altos”; así con fecha 18 de abril de 1995 se le abrió instrucción con mandato de comparecencia; con fecha 21 de diciembre de 2004, mediante la Resolución N.º 250, emitida en el Incidente N.º 28-2001, la Sala Penal Especial A de Lima ordenó la acumulación del caso “Barrios Altos” al megaproceso del caso “Grupo Colina”; con fecha 13 de mayo de 2005, el Fiscal Penal Superior de Lima emitió acusación escrita; con fecha 13 de julio de 2005, la Sala Penal emplazada emitió la Resolución N.º 70, que dictó auto superior de enjuiciamiento; en el mes de agosto de 2005, se inició la etapa de juicio oral; en la Sesión N.º 29, de fecha 8 de marzo de 2006, la Sala Penal emplazada resolvió desacumular el caso “Barrios Altos” del megaproceso del “Grupo Colina”; y a la fecha se han realizado más de doscientas setenta sesiones de juicio oral sin que se haya dictado sentencia.

FUNDAMENTOS

§2. La afectación de los derechos a la presunción de inocencia y a la prohibición de avocamiento ante causa judicial en trámite

4. No obstante lo anterior, debe precisarse que los fundamentos de la sentencia emitida en el Expediente N.º 03-2003 no infringen el inciso 2) del artículo 139º de la Constitución (avocamiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional), pues como se precisó en la STC 01091-2002-HC/TC, la figura del avocamiento supone, por su propia naturaleza, que se desplace al juez del juzgamiento de una determinada causa y, en su lugar, el proceso se resuelva por una autoridad distinta, cualquiera sea su clase, supuestos que no se presentan en el caso de autos.

En sentido similar, el Tribunal tampoco considera que los fundamentos de la sentencia emitida en el Expediente N.º 03-2003 constituyan un adelanto de opinión que afecte el desarrollo y resultado del proceso penal recaído en el Expediente N.º 28-2001, pues si bien en ambos procesos las juezas encargadas de juzgar son las mismas, no se tratan de los mismos hechos por los que viene siendo procesado el favorecido en el Expediente N.º 28-2001.

§3. Procedencia del petitorio solicitado ante el Tribunal

5. En segundo término, el Tribunal también debe determinar si en el proceso penal que se le sigue al favorecido está siendo vulnerado su derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, por cuanto, según alega su abogado defensor, se encuentra procesado por más de quince años.

Respecto a esta última pretensión, si bien no fue planteada inicialmente en la demanda, ni en ninguno de los medios impugnatorios interpuestos, este Tribunal estima posible emitir pronunciamiento sobre ella, dadas las características del hábeas corpus (informalidad, pro actione y pro homine); además, porque el hábeas corpus, como instrumento sencillo y rápido, tiene por finalidad procurar que siempre se favorezca la tutela del derecho a la libertad física y/o de sus derechos conexos. Por lo demás, dicha pretensión ha sido peticionada antes de que se emita sentencia y en autos existen los suficientes elementos de prueba para determinar si se ha producido, o no, la vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

6. Planteado así el último thema decidendi, el Tribunal considera necesario que en el presente caso cabe abordar el contenido del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, así como los elementos que deben concurrir para que este derecho se considere vulnerado. Asimismo, debe evaluarse cuáles son las soluciones procesales que se pueden presentar en caso de que se compruebe la vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable por una excesiva duración injustificada del proceso penal. En tal sentido, deberá determinarse si la solución procesal establecida en la STC 03509-2009-PHC/TC debe ser mantenida o replanteada para resolver el caso de autos.

§4. El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable: la posición de la Corte IDH

7. De conformidad con el inciso 5) del artículo 7º y el inciso 1) del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda persona detenida o retenida

tiene derecho a ser juzgada por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial dentro de un plazo razonable o, de lo contrario, a ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso penal.

Este derecho también se encuentra reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, en el párrafo 3) del artículo 9º al referirse a los derechos de la persona detenida o presa por una infracción penal, se establece que tiene “derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”. En sentido similar, el inciso c) del párrafo 3 del artículo 14º prescribe que toda persona acusada de un delito tiene derecho a “ser juzgada sin dilaciones indebidas”.

8. Con relación al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable como una garantía mínima del debido proceso legal reconocido en el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte IDH en la sentencia del Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, de fecha 29 de enero de 1997, concluyó señalando que:

“74. El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal” o “derecho de defensa procesal”, que consisten en **el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente**, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra (...)”. (Negritas agregadas).

A ello, debe agregársele que en la misma sentencia, la Corte IDH, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, precisó que para determinar la razonabilidad del plazo debe analizarse en forma global el proceso penal. En tal sentido, señaló que:

“81. Adicionalmente al estudio de las eventuales demoras en las diversas etapas del proceso, la Corte Europea ha empleado para determinar la razonabilidad del plazo en el conjunto de su trámite lo que llama “análisis global del procedimiento” (Motta, supra 77, párr. 24; Eur. Court H.R., Vernillo judgment of 20 February 1991, Series A no. 198 y Eur. Court H.R., Unión Alimentaria Sanders S.A. judgment of 7 July 1989, Series A, no. 157)”.

9. Sobre la finalidad del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, la Corte IDH en la sentencia del Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, de fecha 12 de noviembre de 1997, precisó que:

“70. **El principio de “plazo razonable”** al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana **tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente**”. (Negritas agregadas).

10. Asimismo, con relación a la violación de la razonabilidad del plazo de los procesos penales, la Corte IDH en la sentencia del Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, de fecha 27 de noviembre de 2008, destacó que:

“154. (...) el derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”. (Negritas agregadas).

11. Teniendo presente la posición jurisprudencial de la Corte IDH, el Tribunal en la STC 00618-2005-PHC/TC, interpretando el inciso 1) del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, enfatizó que:

“(...) el derecho a un “plazo razonable” tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan durante largo tiempo bajo acusación y asegurar que su tramitación se realice prontamente. En consecuencia, el derecho a que el proceso tenga un límite temporal entre su inicio y fin, forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos, y, por tanto, no puede ser desconocido”. (Negritas agregadas).

12. Es por dicha razón que en la STC 03509-2009-PHC/TC el Tribunal subrayó que la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable genera en el Estado una prohibición de continuar con la persecución penal, por cuanto la demora injustificada en la resolución del proceso penal (impartición de justicia) ocasiona la pérdida de la legitimidad punitiva. Ello porque la demora injustificada en la resolución de un proceso penal constituye una denegación de justicia.

De ahí que en la RTC 03509-2009-PHC/TC el Tribunal haya ampliado su posición jurisprudencial en el sentido de que no sólo “no pueden existir zonas exentas de control constitucional”, sino que “tampoco pueden haber **plazos ni tiempos exentos de control**”.

Y es que la naturaleza y características propias del Estado Constitucional, así como las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en materia de derechos humanos, exigen la necesidad insoslayable de que la justicia sea impartida dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas o demoras injustificadas.

§4.1. Días a quo y días ad quem para computar el plazo razonable del proceso penal

13. Una de las cuestiones que plantea el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable es la de determinar los extremos dentro de los que transcurre el plazo razonable del proceso penal, es decir, el momento en que comienza (días a quo) y el instante en que debe concluir (días ad quem).

14. Con relación al días a quo del plazo razonable del proceso penal, la Corte IDH en la sentencia del Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, precisó que el plazo comienza a computarse desde la fecha de la aprehensión del imputado (detención judicial preventiva), por ser el primer acto del proceso penal. En tal sentido, la Corte IDH precisó que:

“70. (...) En el presente caso, el primer acto del procedimiento lo constituye la aprehensión del señor Suárez Rosero el 23 de junio de 1992 y, por lo tanto, a partir de ese momento debe comenzar a apreciarse el plazo”. (Negritas agregadas).

15. Complementando ello, la Corte IDH en la sentencia del Caso Tibi vs. Ecuador, de fecha 7 de septiembre de 2004, estableció que cuando no ha habido aprehensión del imputado, pero se halla en marcha un proceso penal, el dies a quo debe contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso. Así, la Corte IDH señaló que:

“168. (...) La Corte se pronunció en el sentido de que, en materia penal, el plazo comienza en la fecha de la aprehensión del individuo. **Cuando no es aplicable esta medida, pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso**”. (Negritas agregadas).

16. En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el TEDH) en las sentencias de los Casos Eckle contra Alemania, de fecha 15 de julio de 1982, y López Sole y Martín de Vargas contra España, de fecha 28 de octubre de 2003, ha precisado que el dies a quo del plazo razonable del proceso penal empieza en el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación jurídica, en razón a las medidas de coerción procesal adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos.

17. De otra parte, la Corte IDH en la sentencia del Caso Suárez Rosero vs. Ecuador estableció que el proceso penal termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción, y que dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. En esta línea, la Corte IDH siguiendo la jurisprudencia del TEDH, precisó que:

“71. (...) **el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto**, con lo cual se agota la jurisdicción (cf. Cour eur. D.H., arrêt Guincho du 10 juillet 1984, série A n° 81, párr. 29) y que, particularmente **en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse**”. (Negritas agregadas).

18. Sobre el mismo tema, la Corte IDH en la sentencia del Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, reiteró que:

“154. La razonabilidad de dicho retraso se debe analizar de conformidad con **el “plazo razonable”** al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención, el cual **se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva**”. (Negritas agregadas).

19. De la jurisprudencia reseñada de la Corte IDH, pueden extraerse los siguientes parámetros interpretativos de actuación que en virtud del artículo V del Título Preliminar del CPConst. deben ser aplicados por todos los jueces y tribunales del Poder Judicial, que son:

a. La afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, reconocido en el inciso 1) del artículo 8º la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se debe apreciar en relación con la duración total del proceso penal que se desarrolla en

contra de cierto imputado (análisis global del procedimiento), hasta que se dicta sentencia definitiva y firme (dies ad quem), incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse.

b. El plazo razonable del proceso penal comienza a computarse (dies a quo) cuando se presenta el primer acto del proceso dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito, que a su vez puede estar representado por: **i)** la fecha de aprehensión o detención judicial preventiva del imputado; o **ii)** la fecha en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso.

§4.2. Criterios o parámetros para determinar la razonabilidad del plazo del proceso penal

19. En la sentencia del Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, la Corte IDH, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, precisó los criterios a utilizar para determinar la razonabilidad del plazo del proceso penal. En efecto, señaló que:

“77. (...) De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: **a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales** (...)”. (Negritas agregadas).

20. Estos tres elementos utilizados por la Corte IDH para analizar la razonabilidad del plazo del proceso penal fueron ampliados en la sentencia del Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, que a su vez fueron reiterados en la sentencia del Caso Kawas Fernández vs. Honduras, de fecha 3 de abril de 2009.

En dichas sentencias, la Corte IDH amplió de tres a cuatro los elementos que deben analizarse para determinar la razonabilidad del plazo del proceso penal, que son: **a)** la complejidad del asunto; **b)** la actividad o comportamiento del procesado; **c)** la conducta de las autoridades judiciales; y **d)** la afectación que genera la demora en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

21. Así, en la sentencia del Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, la Corte IDH reconoció que:

“155. (...) ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales. El Tribunal considera pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve”.

22. En la sentencia del Caso Kawas Fernández vs. Honduras, la Corte IDH reafirmó que:

“112. (...) ha establecido que es preciso tomar en cuenta cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso”.
(Negritas agregadas).

23. A la luz de estos cuatro elementos, que en algunos casos han sido analizados en su integridad por la Corte IDH y en otros casos no.

§4.2.1. La complejidad del asunto

24. La complejidad del proceso penal tiene que determinarse en función de las circunstancias de jure y de facto del caso concreto, que a su vez, alternativamente, pueden estar compuestas por: **a)** el establecimiento y esclarecimiento de los hechos, los cuales pueden ser simples o complejos; **b)** el análisis jurídico de los hechos por los cuales se inicia el proceso penal; **c)** la prueba de los hechos, la cual puede ser difícil, necesariamente prolongada o de complicada actuación; y, **d)** la pluralidad de agravados o inculpados, con sus respectivas defensas, entre otros elementos.

§4.2.2. La actividad o conducta procesal del imputado

25. Con relación a la conducta procesal, cabe destacar que ésta puede ser determinante para la pronta resolución del proceso o para su demora, en el caso que el imputado demuestre un comportamiento procesal obstruccionista o dilatorio.

Por ello, para determinar si la conducta procesal del imputado ha contribuido a la demora en la resolución del proceso penal, es necesario verificar si ésta ha sido obstruccionista o dilatoria y si ha trascendido o influido en la resolución de éste, para lo cual debe tenerse presente si ha hecho uso abusivo e innecesario de los instrumentos que la ley pone a su disposición, bajo la forma de recursos o de otras figuras.

§4.2.3. La conducta de las autoridades judiciales

26. Para evaluar la conducta o comportamiento de las autoridades judiciales es necesario tener presente: **a)** la insuficiencia o escasez de los tribunales; **b)** la complejidad del régimen procesal; y **c)** si los actos procesales realizados han contribuido, o no, a la pronta resolución del proceso penal.

§4.2.4. La afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso

27. Este cuarto elemento importa determinar si el paso del tiempo del proceso penal incide o influye de manera relevante e intensa en la situación jurídica (derechos y deberes) del demandante. Ello con la finalidad de que el proceso penal discurra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve, si es que éste incide o influye de manera relevante e intensa sobre la situación jurídica del demandante, es decir, si la demora injustificada le puede ocasionar al imputado daño psicológico y/o económico.

§.5. Casos en los que la Corte IDH ha verificado la vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

28. En la sentencia del Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, la Corte IDH tomó como dies a quo para evaluar la razonabilidad del plazo la fecha en que se dictó el auto de apertura del proceso penal, por ser el primer acto del proceso. Teniendo presente ello, concluyó señalando que el transcurso de más de cinco años (específicamente, 5 años y 6 meses), computados desde la fecha en que se dictó el auto de apertura hasta la fecha en que la Corte IDH resolvió el caso, sin que exista una sentencia firme que decida la situación jurídica del señor Genie Lacayo, constituía una vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable previsto en el inciso 1) del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este sentido, la Corte IDH, sin evaluar los tres elementos para analizar la razonabilidad del plazo del proceso penal, estimó que:

“81. (...) Aún cuando se excluyan la investigación policial y el plazo que empleó la Procuraduría General de la República de Nicaragua para formular acusación ante el juez de primera instancia, es decir, realizando el cómputo a partir del 23 de julio de 1991, fecha en que ese juez dictó el auto de apertura del proceso, hasta la actualidad en que todavía no se ha pronunciado sentencia firme, han transcurrido más de cinco años en este proceso, lapso que esta Corte considera que rebasa los límites de la razonabilidad prevista por el artículo 8.1 de la Convención”.
(Negritas agregadas).

29. En el Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, la Corte IDH consideró que procesar penalmente a una persona por más de 50 meses contraviene el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. En dicho caso, el primer acto del proceso lo constituyó la aprehensión (detención) del señor Suárez Rosero el 23 de junio de 1992 y, por lo tanto, a partir de ese momento la Corte IDH comenzó a evaluar la razonabilidad del plazo del proceso penal; mientras que la fecha de conclusión del proceso en la jurisdicción ecuatoriana fue el 9 de septiembre de 1996, cuando el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito dictó sentencia condenatoria.

En efecto, la Corte IDH, sin evaluar los tres elementos establecidos por ella misma para determinar la razonabilidad del plazo del proceso penal, concluyó señalando que:

“73. Con fundamento en las consideraciones precedentes, al realizar un estudio global del procedimiento en la jurisdicción interna contra el señor Suárez Rosero, la Corte advierte que dicho procedimiento duró más de 50 meses. En opinión de la Corte, este período excede en mucho el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana.

74. Asimismo, la Corte estima que el hecho de que un tribunal ecuatoriano haya declarado culpable al señor Suárez Rosero del delito de encubrimiento no justifica que hubiese sido privado de libertad por más de tres años y diez meses, cuando la ley ecuatoriana establecía un máximo de dos años como pena para ese delito”.
(Negritas agregadas).

30. En la sentencia del Caso López Álvarez vs. Honduras, del 1 de febrero de 2006, la Corte IDH fijó como primer acto de procedimiento la aprehensión del señor López

Álvarez ocurrida el 27 de abril de 1997; y estableció que el proceso concluyó el 14 de agosto de 2003, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia de segundo grado que absolvió al señor López Álvarez.

En este caso, la Corte IDH, luego de evaluar los tres elementos para analizar la razonabilidad del plazo del proceso penal, concluyó que se había vulnerado el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable porque el proceso penal que se le siguió al señor López Álvarez se había extendido por más de seis años. Específicamente, la Corte IDH anotó que:

“130. En el presente caso **el primer acto de procedimiento se dio con la aprehensión del señor Alfredo López Álvarez ocurrida el 27 de abril de 1997, fecha a partir de la cual se debe apreciar el plazo, aún cuando en este punto se trate del plazo para la realización del proceso, no para la duración de la detención, en virtud de que aquella fue la primera diligencia de que se tiene noticia en el conjunto de los actos del procedimiento penal correspondiente al señor López Álvarez. (...).**

131. El 13 de enero de 2003 el Juzgado de Letras Seccional de Tela dictó sentencia absolutoria a favor del señor Alfredo López Álvarez, fallo que fue confirmado el 29 de mayo de 2003 por la Corte de Apelaciones de la Ceiba. En junio de 2003 el Ministerio Público anunció un recurso de casación contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de la Ceiba, del que desistió el 31 de julio de 2003. **El 14 de agosto de 2003 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia tuvo “por separado el recurso de casación por infracción de ley anunciado” ante la referida Corte de Apelaciones, y confirmó la sentencia dictada el 29 de mayo de 2003.** El señor López Álvarez fue puesto en libertad el 26 de agosto de 2003 (supra párrs. 54.40, 54.41, 54.42 y 54.45).

(...)

133. **El caso no revestía complejidad especial.** Sólo había dos encausados (supra párr. 54.32). Se disponía de la sustancia cuya identificación determinaría la pertinencia del enjuiciamiento. **No aparece en el expediente que el señor López Álvarez realizara diligencias que retrasaran o entorpecieran la tramitación de la causa.**

134. Por otro lado, en el proceso penal se dictaron por lo menos cuatro nulidades debido a diversas irregularidades procesales: una parcial, el día 25 de julio de 1997 y, tres absolutas los días 9 de septiembre de 1998, 10 de marzo de 1999 y 2 de mayo de 2001 (supra párrs. 54.23, 54.28, 54.30 y 54.33).

135. Las nulidades, que sirvieron al propósito de adecuar los procedimientos al debido proceso, fueron motivadas por la falta de diligencia en la actuación de las autoridades judiciales que conducían la causa. **El juez interno, al realizar las actuaciones posteriormente anuladas, incumplió el deber de dirigir el proceso conforme a derecho. Esto determinó que la presunta víctima fuese obligada a esperar más de seis años para que el Estado administrara justicia.**

136. Con fundamento en las consideraciones precedentes, y en el estudio global del proceso penal seguido al señor Alfredo López Álvarez, se advierte que éste se extendió por más de seis años. El Estado no observó el principio del plazo razonable consagrado en la Convención Americana, por responsabilidad exclusiva de las autoridades judiciales a quienes competía haber administrado justicia”. (Negritas agregadas).

31. En la sentencia del Caso Bayarri vs. Argentina, del 30 de octubre de 2008, el plazo comenzó a computarse desde la fecha de la detención del señor Bayarri, esto es, el 18 de noviembre de 1991, y terminó el día en que se resolvió el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de primera instancia, esto es, el 1 de junio de 2004. En este caso, la Corte IDH, para concluir que se había vulnerado el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, nuevamente consideró que no era necesario evaluar los tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo del proceso penal, por cuanto éste duró aproximadamente trece años.

La Corte IDH estableció lo siguiente:

“106. Como lo determinó el Tribunal (supra párr. 59), **la detención del señor Bayarri tuvo lugar el 18 de noviembre de 1991**. Asimismo, del expediente se desprende que el 20 de diciembre de ese año el Juzgado de Instrucción No. 25 dictó auto de prisión preventiva en su contra (supra párr. 71) y que **la sentencia de primera instancia que condenó al señor Bayarri a reclusión perpetua fue dictada el 6 de agosto de 2001, es decir, aproximadamente diez años después**. El recurso de apelación interpuesto por la presunta víctima fue resuelto mediante sentencia de 1 de junio de 2004 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, que lo absolvió y ordenó su libertad. El Tribunal observa que este proceso judicial duró aproximadamente trece años, período durante el cual el señor Bayarri estuvo sometido a prisión preventiva (supra párr. 71).

107. En casos anteriores, al analizar la razonabilidad de un plazo procesal la Corte ha valorado los siguientes elementos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales. No obstante, el Tribunal considera que existe un retardo notorio en el proceso referido carente de explicación razonada. En consecuencia, **no es necesario realizar el análisis de los criterios mencionados**. Tomando en cuenta, asimismo, el reconocimiento de hechos formulado (supra párrs. 29 y 30), **la Corte estima que respecto de la causa penal en estudio el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención Americana en perjuicio del señor Juan Carlos Bayarri”**. (Negritas agregadas).

32. De la jurisprudencia reseñada, se desprende claramente que, con relación al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, la Corte IDH tiene y mantiene la doctrina del no plazo, es decir, que la razonabilidad del plazo no se mide en función de días, meses o años establecidos en forma fija y abstracta, sino caso por caso, en función al análisis global del proceso penal y de los tres o cuatros elementos precisados por ella misma para evaluar la razonabilidad del plazo.

Esta posición jurisprudencial es mantenida no sólo por la Corte IDH, sino también por el TEDH y es seguida por varios tribunales constitucionales de América Latina y de Europa.

33. Al respecto, el Tribunal considera importante destacar que en algunos ordenamientos constitucionales la razonabilidad del plazo viene determinada en forma abstracta por un período de tiempo fijo. Como muestra de ello, tenemos la fracción VII, del inciso b) del artículo 20º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo texto dispone que toda persona tiene derecho a ser:

“(…) juzgad[a] antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa”. (Negritas agregadas).

§.5.1. Consecuencias jurídicas en caso de afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

34. Con relación a las consecuencias jurídicas que genera la vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable por dilaciones indebidas o demoras injustificadas, el Tribunal estima pertinente destacar que la jurisprudencia comparada no es uniforme al momento de establecer las consecuencias.

Por esta razón, el Tribunal, con la finalidad de evaluar el mantenimiento o racionalización de la solución procesal establecida en la STC 03509-2009-PHC/TC para el presente caso, considera necesario reseñar brevemente las soluciones procesales que nos ofrece la jurisprudencia comparada.

35. Sobre este punto, el Tribunal considera oportuno destacar que los instrumentos–fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no prevén consecuencia o sanción alguna en caso de que se vulnere el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Tampoco regulan alguna solución en caso de que se compruebe la violación del derecho y no exista una sentencia firme y definitiva que resuelva el proceso penal.

En la práctica, la Corte IDH se ha limitado a reconocer que el Estado denunciado ha violado el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable previsto en el inciso 1) del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a condenarlo a pagar una indemnización por el daño ocasionado. En buena cuenta, se trata de una solución netamente declarativa y compensatoria, sin ninguna eficacia restitutiva.

En sentido similar, el TEDH, cuando constata la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable previsto en el inciso 1) del artículo 6º de la Convención Europea de Derechos Humanos, se limita a reconocer la violación producida y a condenar al Estado denunciado a que pague una indemnización al denunciante como forma de compensar el daño ocasionado por las dilaciones indebidas.

36. En Alemania existen dos posiciones jurisprudenciales sobre las consecuencias jurídicas que produce la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable por dilaciones indebidas. La primera posición considera que la excesiva duración injustificada del proceso penal constituye un impedimento procesal que ocasiona la conclusión del proceso penal por sobreseimiento, en virtud de los §§ 206 I a 260 III StPO (Ordenanza Procesal Penal alemana) [Cfr. AMBOS, Kai. Principios del proceso penal europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 28-29; y PASTOR, Daniel

R. El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002, pp. 172-176].

A decir del Tribunal Supremo Federal alemán, en casos aislados muy extraordinarios de violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable por una dilación indebida, el juez y el tribunal de casación de oficio deberán tener en cuenta dicho impedimento procesal para declarar la conclusión del proceso. En buena cuenta, se considera que cuando se sobrepasa el plazo razonable, se debe prescindir de la pena, porque las consecuencias de las dilaciones indebidas ya significan para el autor un castigo suficiente.

La segunda posición, denominada “solución de la medición de la pena” o “solución de determinación de la pena”, proclama que la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable por una dilación indebida constituye una causa de atenuación de la pena en virtud del §§ 153 y ss. StPO. Según esta posición, en la atenuación de la pena se puede encontrar el medio adecuado para reaccionar contra los retrasos irrazonables o dilaciones indebidas del proceso penal.

37. En España, el Tribunal Constitucional considera que la inejecución inmediata de la sentencia condenatoria no constituye una medida idónea para reparar las consecuencias negativas que ha generado la afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, también llamado como el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Dicha posición jurisprudencial fue precisada en la STC 25/1994, en la que el Tribunal Constitucional señaló que “el recurrente pretende incluir (...) no la ejecución inmediata de la Sentencia, su inejecución como medida para reparar las consecuencias negativas que para él ha tenido la dilación indebida en la tramitación del proceso, judicialmente declarada. Ante esta pretensión cabe avanzar ya que la medida propuesta ni puede incluirse en el ámbito del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, ni, en otro orden de consideraciones, está consagrada en nuestro ordenamiento como instrumento para reparar las consecuencias de su vulneración”.

Ello debido a que, para el Tribunal Constitucional español –según la sentencia citada– el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas posee una doble faceta: De un lado, una prestacional, consistente en el derecho a que los jueces y tribunales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable. De otro lado, una faceta reaccional, que actúa también en el marco estricto del proceso y consiste en “el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en los que se incurra en dilaciones indebidas”.

Por estas razones, el Tribunal Constitucional español considera que las medidas para reparar los efectos de la violación al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas son de naturaleza sustitutoria o complementaria para cuando no pueda restablecerse la integridad del derecho o su conservación. Entre las medidas sustitutorias figuran la exigencia de responsabilidad civil y aun penal del órgano judicial, así como la responsabilidad civil del Estado por mal funcionamiento de la administración de justicia. Y entre las medidas complementarias pueden situarse, por ejemplo, el indulto o la aplicación de la remisión condicional de la pena.

Es más, puede destacarse que el Tribunal Constitucional español en uniforme y reiterada jurisprudencia ha precisado que “el derecho a que el proceso se tramite, resuelva y ejecute en un plazo razonable es plenamente independiente del juego de la prescripción penal” (SSTC 255/1988, 83/1989 y 25/1994).

38. En los Estados Unidos, la Corte Suprema, desde la sentencia del Caso *Barker vs. Wingo* (1972), cuando analizó la afectación del derecho a un juicio rápido (*right to a speedy trial*) reconocido en la Enmienda VI de su Constitución, estableció que en caso de afectación del mencionado derecho, la consecuencia o solución procesal es la declaración de nulidad de la acusación fiscal.

Esta postura fue mantenida por la Corte Suprema en la sentencia del Caso *Strunk vs. United States* (1973), en la que señaló que la declaración de nulidad de la acusación fiscal seguía siendo el único remedio posible frente a la violación del derecho a un juicio rápido.

En buena cuenta, en los Estados Unidos, cuando se constata la violación del derecho a un juicio rápido, la solución es la anulación de la acusación fiscal y de la eventual sentencia, sin que se acepte la solución compensatoria como forma de reparar la violación.

39. Teniendo presente las soluciones procesales o consecuencias jurídicas que nos brinda la jurisprudencia comparada cuando se constata la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, el Tribunal estima que la solución establecida en la STC 03509-2009-PHC/TC, consistente en la exclusión del imputado del proceso penal que se le sigue, es similar a la “solución del impedimento procesal” utilizada por la jurisprudencia alemana y menos radical que la utilizada por la jurisprudencia norteamericana, pues la exclusión no conlleva la anulación de la acusación fiscal, ni de los eventuales actos procesales posteriores.

40. No obstante ello, este Colegiado en mérito del principio constitucional de cooperación y colaboración que debe guiar la actuación de los poderes públicos y de los órganos constitucionales, estima que para el caso de autos la solución procesal establecida en la STC 03509-2009-PHC/TC tiene que ser racionalizada y ampliada, en la siguiente forma:

a. En caso de que se constate la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, además de estimarse la demanda se ordenará a la Sala Penal emplazada que conoce el proceso penal que, en el plazo máximo de sesenta días naturales, emita y notifique la correspondiente sentencia que defina la situación jurídica del favorecido.

Si la Sala Penal emplazada no cumple con emitir y notificar la respectiva sentencia que defina la situación jurídica del favorecido, de oficio deberá sobreseerlo inmediatamente del proceso penal.

El plazo máximo de sesenta días naturales será computado desde la fecha en que se le notifica a la Sala Penal emplazada la sentencia. En este caso, el juez de ejecución del hábeas corpus tiene la obligación de que la sentencia se ejecute en sus propios términos dentro del plazo establecido en ella misma.

Sobre el plazo máximo de sesenta días naturales, el Tribunal precisa que dicha solución se establece en la medida que el proceso penal del caso Barrios Altos está relacionado con la afectación de derechos humanos. Sin embargo, la solución propuesta en la STC 03509-2009-PHC/TC ha sido moderada para el presente caso. En efecto, en caso de que la Sala Penal emplazada en el proceso penal mencionado no emita dentro del plazo máximo de sesenta días naturales la respectiva sentencia que defina la situación jurídica del favorecido, de oficio deberá sobreseerlo del proceso, no pudiendo ser investigado ni procesado por los mismos hechos, por cuanto ello conllevaría la vulneración del principio *ne bis in ídem*.

Asimismo, en caso de estimarse la demanda, la sentencia deberá ser puesta en conocimiento del Consejo Nacional de la Magistratura y de la Oficina de Control de la Magistratura para que inicien las investigaciones pertinentes de los jueces que vulneraron el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

EXP. N° 5922-2009-PHC/TC
LUIS ENRIQUE HERRERA ROMERO

CASO

Con fecha 11 de setiembre de 2008, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra los vocales integrantes de la Cuarta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao, con la finalidad de que se declare la nulidad de la resolución de fecha 15 de julio de 2008, que confirmando la apelada, declaró infundada la excepción de prescripción. Aduce que se están afectando sus derechos al debido proceso, y a la tutela judicial efectiva en conexidad con el derecho a la libertad individual.

Refiere que en el proceso que se le sigue por el delito contra la fe pública dedujo la excepción de prescripción de la acción penal, la cual fue desestimada y confirmada por la resolución que cuestiona. Señala que dicha resolución no se encuentra debidamente motivada puesto que para aplicar el plazo extraordinario de prescripción se basa en el Dictamen Fiscal N.º 203-98, de fecha 17 de febrero de 1998, y que fue declarado nulo e insubsistente por la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao por resolución de fecha 31 de agosto de 1998. Asimismo, expresa que viene siendo procesado por un hecho que se suscitó el 1 de marzo de 1995, y que el Ministerio Público ha formulado denuncia fiscal con fecha 22 de mayo de 2007; es decir, 12 años después, por lo que en aplicación del artículo 80.º del Código Penal, el plazo de prescripción establecido (el plazo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito de falsificación de documento, en este caso 10 años) ha transcurrido en exceso.

Realizada la investigación sumaria el recurrente se ratifica en el contenido de su demanda. Por su parte, los emplazados expresan que la resolución cuestionada ha sido emitida en el marco de un proceso regular, en el que se han respetado las garantías del debido proceso, no habiéndose afectado de manera alguna el derecho a la libertad individual.

El Vigésimo Octavo Juzgado de Lima declara infundada la demanda considerando que en el caso de autos se ha producido la interrupción del plazo de prescripción por la actuación del Ministerio Público, por lo no se configura el exceso del referido plazo.

La Segunda Sala Especializada en lo Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 12 de octubre de 2009, confirma la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

Prescripción de la acción penal y justicia constitucional

6. Conforme a lo expuesto, la prescripción de la acción penal tiene relevancia constitucional, toda vez que se encuentra vinculada al contenido del derecho al plazo razonable del proceso, el cual forma parte del derecho fundamental al debido proceso. Es por ello que muchas de las demandas de hábeas corpus, en las que se ha alegado prescripción de la acción penal, han merecido pronunciamiento de fondo por parte de este Tribunal. (Cfr. STC Exp. N.º 2506-2005-PHC/TC; Exp. N.º 4900-2006-PHC/TC; Exp. N.º 2466-2006-PHC/TC; Exp N.º 331-2007-PHC/TC).

7. Sin embargo, es preciso indicar que, no obstante la relevancia constitucional de la prescripción de la acción penal, el cálculo de dicho lapso requiere, en algunas ocasiones, la dilucidación de aspectos que no corresponde a la justicia constitucional. En efecto, conforme al artículo 82º del Código Penal el plazo de prescripción se cuenta desde la fecha en que se consumó el delito (para el delito instantáneo) o desde el momento en que cesó la actividad delictuosa (en los demás casos). Como es de verse, determinar la prescripción de la acción penal requerirá previamente establecer la fecha en que cesó la actividad delictiva o el momento de la consumación, lo que es competencia de la justicia ordinaria.

8. En caso de que la justicia penal determine todos los elementos que permiten el cómputo del plazo de prescripción, podrá cuestionarse ante la justicia constitucional la prosecución de un proceso penal a pesar de que haya prescrito la acción penal. En caso contrario, la pretensión deberá ser rechazada. Así, este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.º 5890-2006-PHC/TC, no obstante la relevancia constitucional que ostenta la prescripción de la acción penal, no pudo estimar la pretensión incoada toda vez que la justicia ordinaria no había establecido la fecha de consumación del ilícito, aspecto crucial para determinar el plazo de prescripción de la acción penal, lo cual no puede ser dilucidado por la justicia constitucional.

9. En tal sentido, siempre que la prescripción de la acción penal implique la dilucidación de aspectos que concierna evaluar a la justicia ordinaria, la demanda deberá ser rechazada.

2. ÁMBITO LABORAL

a. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA ANTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**EXP. N° 1112-98-AA/TC
CÉSAR ANTONIO COSSÍO Y OTROS**

CASO

Don César Antonio Cossío Tapia y otros interponen Acción de Amparo contra Telefónica del Perú S.A., por violación a sus derechos constitucionales al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, solicitando que sean repuestos en sus cargos y puestos de trabajo, así como el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

Alegan los demandantes que en el período comprendido entre el veintitrés y el treinta de mayo de mil novecientos noventa y seis, la demandada, Telefónica del Perú S.A., les cursó sendas cartas por las que se les comunicaba que habían incurrido en falta grave contemplada en el inciso b) del artículo 58° del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo (TUOLFE), conforme a la cual, constituye falta grave, "la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de la producción...", para que procedan al descargo. Formulados éstos, la demandada les cursó sendas cartas por las que se les comunicaba que quedaban despedidos, en mérito a no haber podido desvirtuar los cargos imputados, despido que se efectuó, simultáneamente, en el período comprendido entre el veintinueve de mayo y el seis de junio de mil novecientos noventa y seis, atribuyéndoles la comisión de la misma falta grave. Se afirma que previamente a tal hecho, los demandantes fueron invitados individualmente a acogerse a un Programa Voluntario de Retiro, por el que decidieron no optar. Precisan que dicha invitación se produjo casi inmediatamente antes de que se les notificara las cartas por las que se les imputaba la comisión de la falta grave antes señalada, en la mayoría de casos, entre el ocho y el quince de mayo de mil novecientos noventa y seis.

Sostienen los demandantes que este hecho atentó sus derechos al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario debido a que la falta grave imputada no corresponde al supuesto legal porque no se encuentra tipificada por la norma que invoca (el citado artículo 58° inciso b), pues ésta se refiere a la "disminución deliberada y reiterada" en el rendimiento, mientras que la carta de imputación alude a la "disminución de su productividad"; que la imputación no cumplió con lo prescrito por el artículo 44° del reglamento del TUOLFE, en precisar los hechos que configuran la falta grave para que pudiesen ser refutados, en perjuicio del derecho de defensa de

los demandantes, obviando que el empleador tiene la carga de la prueba de la falta imputada; que la imputación no fue acreditada en "verificación fehaciente o con el concurso de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y de Promoción Social", conforme al inciso b) del artículo 58° del TUOLFE; que se violan los derechos al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, en este último caso, lo regulado por el TUOLFE, tanto respecto al despido individual como al despido colectivo ("cese colectivo"), configurándose en este último caso un "simulado" despido colectivo proscrito por la citada cláusula sexta.

La emplazada niega la demanda en base a los siguientes argumentos: que detectó en los últimos meses que los demandantes disminuían deliberadamente el rendimiento de sus labores y que, por ello, procedió a su despido al haber incurrido en falta grave contemplada por ley; que la demanda debe ser declarada improcedente porque el amparo es un proceso residual, la calificación de despido es un proceso de naturaleza laboral y falta legitimidad para obrar pasiva de la demandada por no ser la obligada según la cláusula sexta; que no atentó el derecho consagrado por el artículo 27° de la Constitución porque procedió sólo en ejercicio de una facultad que la ley le otorga (Arts. 57° y 58° del TUOLFE); que no hubo cese colectivo; que la cláusula sexta no es un contrato a favor de tercero que beneficia a los demandantes y porque el contrato de compraventa de acciones celebrado entre Conade y Telefónica Perú Holding S.A. por la que ésta adquirió las acciones de propiedad del Estado en Entel Perú S.A. y CPTSA, establece que es el único documento en el que constan las obligaciones del comprador (Telefónica Perú Holding S.A.) y no estipula una obligación como la alegada por los demandantes.

El Segundo Juzgado Especializado en Derecho Público, con fecha cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y seis, declara fundada en parte la demanda respecto a uno de los demandantes e improcedente respecto al resto de ellos. La Sala Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de República de Lima, por resolución de fecha veintisiete de enero de mil novecientos noventa y siete, revoca la apelada en el extremo que declara fundada la demanda y reformándola declaró improcedente la demanda en ese extremo y la confirmó en lo demás. El Tribunal Constitucional, por sentencia de fecha cuatro de marzo de mil novecientos noventa y ocho, declara nulo lo actuado, a efectos de que el Juez de primera instancia integre en la relación procesal a Telefónica Perú Holding S.A.

Reiniciado el proceso a partir de la demanda, Telefónica Perú Holding se apersona al proceso y contesta la demanda. El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público, con fecha treinta de junio de mil novecientos noventa y ocho, declara improcedente las excepciones de incompetencia y de falta de legitimidad para obrar y declara fundada la demanda, por considerar fundamentalmente: que el despido se produjo en contravención a la citada cláusula sexta; que carece de verificación fehaciente; que el citado contrato tiene plena vigencia y protege el derecho al trabajo de los demandantes, vigencia amparada por la inmodificabilidad de los contratos establecida por el artículo 62° de la Constitución.

La Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha veintisiete de octubre de mil novecientos

noventa y ocho, confirmó la apelada en el extremo que declara improcedente la demanda y la revoca en el extremo que la declara fundada y, reformándola, la declara improcedente. La Sala se basa principalmente en que aun cuando la cláusula sexta protegía el derecho al trabajo de los demandantes, una Addenda Aclaratoria posterior la dejó sin efecto, aclarando que los despidos fueron posteriores a ella; que, la aceptación por el Sindicato de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. del Acta de Compromiso de junio de mil novecientos noventa y seis como parte integrante del convenio colectivo de ese año, por el que Telefónica del Perú S.A. se compromete a otorgar hasta veinticuatro sueldos adicionales a los que corresponda por ley en caso de despido arbitrario; y, la ausencia de impugnación de los Acuerdos de Juntas Generales y Directorios que dieron lugar a la Addenda citada, aún cuando un representante de los trabajadores de la empresa se hallaba integrado al Directorio de la CPT-Telefónica del Perú, conduce a concluir la aceptación de los trabajadores para la sustitución del derecho pretendido por un beneficio económico que no implica reposición ante un despido; que en la vía del amparo no es posible calificar el despido reclamado y su conformidad con la ley; que no existe en autos elementos que permitan establecer que la simultaneidad del rechazo a la invitación al retiro voluntario y el consecuente despido, atente el derecho de los demandantes conforme a la cláusula sexta; que es de competencia de los juzgados laborales calificar el despido; y que, por ausencia de estación probatoria y debido a que la pretensión no resulta atendible mediante el amparo, resulta inatendible la pretensión de abono de las remuneraciones dejadas de percibir. Contra esta resolución, los demandantes interponen Recurso Extraordinario.

FUNDAMENTOS

1. Que, aun cuando la controversia del presente proceso se ha centrado en la vigencia de la cláusula sexta del Contrato de Suscripción, Emisión y Entrega de Acciones celebrado entre Compañía Peruana de Teléfonos S.A. (hoy Telefónica del Perú S.A.) y Telefónica Perú S.A. (Telefónica Perú Holding S.A.), de fecha dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y cuatro; este Tribunal Constitucional, después de haber evaluado los argumentos de esta última, entiende que no es relevante para su resolución. En efecto, si con ella pretenden los demandantes se ordene su reposición ante el despido del que fueron objeto, cabe precisar que este Tribunal no realiza en el presente caso una calificación de despido arbitrario en los términos establecidos por el artículo 67° del Texto Único de la Ley de Fomento del Empleo, D.S. N° 05-95-TR, para que pueda discutirse si procede su reposición o la indemnización; sino, la evaluación de un acto, el despido, que, eventualmente, resulte lesivo de los derechos fundamentales. Por lo tanto, de verificarse este extremo, ineludiblemente deberá pronunciar su sentencia conforme al efecto restitutorio propio de las acciones de garantía tal cual lo prescribe el artículo 1° de la Ley N° 23506.

2. Que, lo señalado en el fundamento anterior, no contradice los términos del citado artículo 67° de la ley laboral, sino la interpreta de conformidad y en coherencia con el inciso 2) del artículo 200° de la Constitución, en aplicación del *principio constitucional de interpretación de las leyes desde la Constitución*, contemplado en la primera disposición general de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en cuanto

establece la interpretación de las normas del ordenamiento infralegal "según los principios y preceptos constitucionales". Por tanto, la interpretación del precepto laboral citado no debe entenderse excluyente de la tutela jurisdiccional a través del amparo, sino convergente, debiéndose resaltar enfáticamente que dicha evaluación tendrá que efectuarse casuísticamente.

4. Que, conforme al artículo 2º, inciso 24), literal "d", de la Constitución Política del Estado, el principio de tipicidad impone que los hechos (actos u omisiones) tipificados como infracciones punibles deben ser establecidos de forma expresa e inequívoca, lo cual no sucede en la carta de imputación de cargos con la que la demandada atribuye la comisión de falta grave. En efecto, la "falta" imputada carece de tipicidad, pues, conforme al artículo 58º, inciso b) del citado Texto Único de la Ley de Fomento del Empleo, la falta imputada consiste en "la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción...". Por el contrario, las cartas de imputación mencionan a la "disminución de la productividad" y, se limitan simplemente a citar la norma antes mencionada, sin preocuparle en absoluto establecer la relación de causalidad entre las características del tipo normativo con la conducta supuestamente infractora.

5. Que la circunstancia de que las respectivas cartas de imputación que la demandada notificó a los demandantes no identificaran los hechos que configuraban la supuesta comisión de la falta grave, así como la ausencia de medios probatorios que los acrediten, atentaron contra el derecho a la defensa de los demandantes amparado por el artículo 2º inciso 23) y del artículo 139º inciso 14) de la Constitución. En efecto, si la carta de imputación no identifica los hechos que configuran la falta grave, el emplazado por ella no podrá efectuar eficazmente el descargo correspondiente porque desconoce qué hechos son los que tendrá que aclarar a efectos de salvar su responsabilidad. Aspecto éste que, por lo demás, se infiere del artículo 44º del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, D.S. No 001-96-TR, que establece que el error en la cita legal en la comunicación que atribuye la comisión de falta grave no la invalida siempre que los hechos imputados que den lugar a la falta estén "debidamente determinados". Por otra parte, la ausencia de sustento probatorio de la comisión de la falta grave imputada, como obra en autos, generó un acto lesivo en perjuicio del derecho de defensa de los trabajadores, porque si el emplazado con la carta de imputación desconoce las pruebas que tiene que controvertir, no podrá defenderse eficazmente de la imputación efectuada y, así, evitar una sanción injusta. Extremo éste que se agrava tanto más aún, cuando, precisamente para tutelar el derecho de defensa, el inciso b) del artículo 58º del citado Texto Único Ordenando de la Ley de Fomento del Empleo, respecto a la falta grave que la demandada atribuye a los demandantes, establece que tiene que ser "verificada fehacientemente o con el concurso de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, quien podrá solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa."

6. Que la tipicidad de la falta y el derecho de defensa, son aspectos constitutivos del debido proceso amparado por el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución, en la medida que garantizan estándares mínimos de justicia que, junto a otros que lo conforman, hacen posible una tutela judicial válida y legítima. Por consiguiente, si

conforme se afirmó en fundamentos anteriores, el acto de la demandada resultó lesivo de la tipicidad de la falta y del derecho de defensa, es además el derecho al debido proceso, el que ha resultado conculcado. Circunstancia ésta que permite, a este supremo intérprete de la Constitución, reiterar la plena eficacia, *erga omnes*, de los derechos fundamentales de orden procesal, constitutivos del denominado derecho constitucional procesal, también en el seno de las instituciones privadas —como es el caso de la demandada— en mérito a la eficacia *inter privados* o eficacia frente a terceros, del que ellos se hallan revestidos, como todo derecho constitucional; por lo que, en consecuencia, cualquier acto que, dentro de aquel ámbito, pretenda conculcar o desconocerlos, como el de la demandada, resulta inexorablemente inconstitucional.

7. Que la circunstancia de que se haya despedido a los demandantes a través de un acto lesivo a los derechos constitucionales antes señalados, trae consigo también la afectación al derecho al trabajo reconocido por el artículo 22° de la Constitución Política del Estado, en cuanto la conservación de un puesto de trabajo que aquél implica ha sido conculcado por un acto desprovisto de juridicidad, esto es, viciado de inconstitucionalidad.

EXP. N° 0628-2001-AA/TC
ELBA GRACIELA ROJAS HUAMÁN

CASO

La recurrente, interpone acción de amparo contra Telefónica del Perú S.A.A. solicitando que se deje sin efecto la Carta de Renuncia Voluntaria y la Carta de Aceptación de la misma, ambas de fecha nueve de noviembre de dos mil. Manifiesta que ha laborado al servicio de la demandada en forma permanente por veinte años, y que habría sido despedida el quince de noviembre de dos mil uno, bajo la modalidad de una aparente renuncia voluntaria. Indica que fue convocada por funcionarios de la empresa, quienes la habrían obligado a firmar la citada carta de renuncia; y que, por otro lado, no ha cobrado el importe de los incentivos económicos. Agrega, que los hechos expuestos constituyen una evidente violación del derecho a la libertad de contratación y la libertad de trabajo por cuanto la demandada sin que medie causa justa que justifique su despido ha decidido poner fin a la relación laboral de manera unilateral.

La demandada contesta y manifiesta que la demandante apareja su carta de renuncia, indicando que en efecto suscribió tal documento y en virtud de éste la empresa consintió en la extinción del vínculo laboral. Agrega, que la demandante no señala que el motivo de su cese se haya producido por un despido sino por una renuncia voluntaria, por lo que no se acredita que se le esté vulnerando su derecho a la libre contratación; y que, su pretensión no puede ser atendida mediante la acción de amparo, por cuanto se trata de un cambio tardío por parte de la demandante, quien al haber hecho cobro de sus beneficios sociales y de la ayuda económica otorgada por la empresa, ha ratificado su decisión de renunciar a su empleo. Agrega, que el acuerdo

suscrito con la organización sindical se refiere a la reposición de algunos trabajadores despedidos, situación distinta a la de la demandante que renunció voluntariamente.

El Segundo Juzgado Mixto de Huánuco, a fojas ciento trece, con fecha veinte de marzo de dos mil uno, declaró improcedente la demanda, por considerar que la vía de amparo no es idónea para ventilar asuntos como el presente que conforme a la legislación vigente los asuntos relativos al despido arbitrario son de competencia del fuero laboral, por lo que la demandante no puede pretender que se les reconozcan sus derechos a través de la presente acción, toda vez que existen otros mecanismos procesales que le permiten reclamar su derecho supuestamente lesionado.

La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, con fecha 23 de mayo de 2001, confirmó la apelada por considerar que la demandante pretende se declare derechos derivados de vicios de voluntad previstos en los artículos 214° y 215° del Código Civil, juzgamiento que escapa a las funciones que la ley encomienda a las acciones de garantía, si bien es cierto la Constitución Política otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario, debe tenerse en cuenta que esta protección consiste en el pago de una indemnización al trabajador despedido regulado en el artículo 34° del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, cuya aplicación escapa a la naturaleza de una acción de garantía.

FUNDAMENTOS

6. El Derecho del Trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las prescripciones contenidas en los artículos 22° y siguientes de la Carta Magna, debido a la falta de equilibrio de las partes, que caracteriza a los contratos que regula el derecho civil. Por lo que sus lineamientos constitucionales, que forman parte de la gama de los derechos fundamentales, no pueden ser meramente literales o estáticos, sino efectivos y oportunos ante circunstancias en que se vislumbra con claridad el abuso del derecho en la subordinación funcional y económica, por lo que este órgano de control constitucional estima su deber el amparar la pretensión demandada, máxime si se trata de cautelar un derecho inabdicable, que goza del beneficio de la interpretación en favor, según lo prescrito por el artículo 26° de nuestra Ley de Leyes.

EXP. N° 1124-2001-AA/TC
SINDICATO UNITARIO DE TRABAJADORES DE
TELFÓNICA DEL PERÚ S.A. y FETRATEL

CASO

Los recurrentes, con fecha 29 de mayo de 2000, interponen acción de amparo contra las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A., con el objeto de que se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores a los cuales representan, en virtud de la aplicación de un Plan de

Despido Masivo contenido en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos de la primera de las demandadas.

Sostienen que se han vulnerado los derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, al debido proceso, a la legítima defensa, al trabajo, a la libertad sindical y a la tutela jurisdiccional efectiva de los trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A, dado que ésta ha iniciado una política de despidos masivos con el propósito del "despido de la totalidad de trabajadores sindicalizados". Acompañan como anexo una lista de setenta y siete trabajadores, alegando que ha sido elaborada por la primera accionada, en la que se encuentra una relación del personal a ser "desvinculado" de ésta.

Contestan la demanda Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A. Esta última propone las excepciones de representación defectuosa e insuficiente de los demandantes y de caducidad y falta de legitimidad para obrar del demandado. En cuanto al fondo de la controversia, afirman que no existe ninguna amenaza de cierta e inminente realización. La primera de las demandadas señala que no se conoce la autoría del "resumen ejecutivo", dado que es un documento sin firma, lo mismo que la relación del personal a ser "desvinculado". Indica también que, incluso suponiendo que el primer documento haya sido efectivamente elaborado por ella, sólo contiene "propuestas" y no una decisión adoptada. Agrega que, siguiendo el argumento de las demandantes, a esa fecha ya se debían haber producido los ceses y que, sin embargo, ello no ha ocurrido, quedando demostrado que el denominado "plan de despido masivo" sólo existe en la imaginación de los accionantes.

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público, con fecha diecisiete de julio de dos mil, declaró infundadas las excepciones propuestas y fundada la demanda, considerando que -a partir de la copia del resumen ejecutivo, junto con la totalidad de documentos presentados por los demandantes, tales como aquellos que señalan la transferencia del personal a filiales en nuevas condiciones laborales que conllevan la pérdida de derechos de sindicalización- se demuestra la amenaza de violación a los derechos constitucionales de los accionantes.

La Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 9 de marzo de 2001, confirmando en parte la apelada, declaró infundadas las excepciones de representación defectuosa e insuficiente de los demandantes y de caducidad, pero la revoca en los demás extremos, declarando fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado propuesta por Telefónica Perú Holding S.A., e improcedente la acción de amparo, considerando fundada la tacha presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra la calidad de medio probatorio del "resumen ejecutivo", indicando que, si fuese un documento que ella elaboró, se habría obtenido ilícitamente, puesto que tiene el carácter de "confidencial". Añade que en el caso concreto no está acreditada la amenaza, porque "el cese de trabajadores debió anunciarse en el mes de abril de dos mil, antes de incoarse la presente acción, hecho que no se ha contravenido en autos".

FUNDAMENTOS

Libertad sindical

8. La Constitución reconoce la libertad sindical en su artículo 28°, inciso 1) Este derecho constitucional tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga.

Desde luego, debe entenderse que lo anterior no conlleva a que el contenido esencial del citado derecho constitucional se agote en los aspectos antes relevados. Por el contrario, es posible el desarrollo de ulteriores concretizaciones o formas de proyección del citado derecho constitucional que, en principio, no pueden, como tampoco deben, ser enunciadas de manera apriorística. Los derechos constitucionales albergan contenidos axiológicos que, por su propia naturaleza, pueden y deben desarrollarse, proyectando su *vis expansiva* a través de remozadas y, otrora, inusitadas manifestaciones.

9. De conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos constitucionales deben interpretarse dentro del contexto de los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia. Según esta norma, estos tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación directa que el tratado internacional supone debido a que forma parte del ordenamiento peruano (art. 55°, Const.).

10. El aspecto orgánico de la libertad de sindicación se halla reconocido expresamente en el artículo 2° del Convenio N.º 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, precisando que consiste en "el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, (...)". Por otra parte, según el artículo 1º, inciso 2), literal "b", la protección del trabajador contra todo acto que menoscabe la libertad de sindicación se extiende también "contra todo acto que tenga por objeto" *"despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales (...)"* (cursiva de la presente sentencia).

Derecho al trabajo

12. El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción

por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.

Debe considerarse que el artículo 27º de la Constitución contiene un "mandato al legislador" para establecer protección "frente al despido arbitrario". Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional:

- a. Se trata de un "mandato al legislador"
- b. Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.
- c. No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.

Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser "adecuado", se está resaltando -aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27º como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador.

Por este motivo, cuando el artículo 27º de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario", debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles.

Para el Tribunal Constitucional no se trata de emplazar el problema desde la perspectiva de la dualidad conceptual estabilidad absoluta y estabilidad relativa y, a partir de ello, inferir que al no haber consagrado la Constitución vigente -como lo hizo su predecesora de 1979- la denominada estabilidad absoluta, toda protección restitutoria ante un despido arbitrario sería absolutamente inadmisibles. Por el contrario, planteado en términos de derecho constitucional lo que interesa en el análisis es determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo.

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.º 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización "como única reparación". No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido *ad nutum* impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones:

a. El artículo 34°, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34°, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional.

b. La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23° de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43° ("República" "social") y 3° de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral.

c. La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto *ab initio* inválido por inconstitucional.

Si bien, como alega Telefónica del Perú S.A.A., el apartado "d" del artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contempla la posibilidad de reparación indemnizatoria, juntamente con la restitutoria, frente al despido arbitrario, debe tenerse en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos enuncia mínimos derechos que siempre pueden ser susceptibles de mayores niveles de protección y no pueden significar, en absoluto, el menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución conforme lo establece el artículo 4° del propio Protocolo antes citado, ni mucho menos cuando ello conlleva al menoscabo del mismo contenido esencial de los derechos constitucionales. La interpretación de éstos debe efectuarse siempre en sentido dirigido a alcanzar mayores niveles de protección. Es por ello que la doctrina sostiene que los derechos constitucionales han de interpretarse como mandatos de optimización.

Es extensible este razonamiento a lo establecido por el Convenio 158 sobre terminación de la relación de trabajo, que, aunque no ratificado y en calidad de Recomendación, prevé también la posibilidad de protección indemnizatoria frente al despido arbitrario.

EXP. N° 0976-2001-AA/TC
EUSEBIO LLANOS HUASCO

CASO

Con fecha 18-04-2001, don Eusebio Llanos Huasco interpone acción de amparo contra Telefónica del Perú S.A. solicitando se deje sin efecto legal la Carta Notarial de fecha 16-02-2001, por considerar que vulnera su derecho constitucional al trabajo, por la que solicita su inmediata reposición en el puesto que venía desempeñando hasta antes del 21-02-2001.

Especifica el demandante que ha laborado en la empresa Telefónica del Perú desde Marzo de 1981 hasta el 21-02-2001, fecha en la que se le impidió ingresar a su centro de trabajo. Durante dicho periodo nunca ha tenido problemas con la empresa demandada, ni tampoco ha sido sancionado administrativamente por algún hecho; por el contrario, ha sido un trabajador eficiente y responsable, habiendo obtenido incluso el reconocimiento de la empresa como uno de los más sobresalientes trabajadores, como lo acredita mediante instrumentales que adjunta. No obstante, señala que la demandada le ha cursado la antes citada Carta Notarial, mediante la que le comunica que ha decidido dar por concluido su contrato de trabajo, por haber incurrido en supuestas faltas graves contempladas en los literales a), c) y d) del Artículo 25° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por D.S. N° 003-97-TR, tales como: a) haber brindado información falsa presentando documentos sobre valuados; b) quebrantar la buena fe laboral al hacer mal uso de la confianza depositada generando un documento en complicidad con el propietario del Hostal Latino de Tingo María; c) presentar documentos sobre valuados para conseguir beneficios personales con la intención de causar daño a la empresa, y d) perjudicar económicamente a la empresa; imputaciones todas estas que se le han hecho en base a un supuesto informe u oficio remitido por el propietario del citado Hostal Latino donde se indica que a solicitud del demandante, se habría sobre valuado la Factura N.° 009641 por el importe de S/. 300.00 Nuevos Soles. Sostiene que dichos cargos enervados mediante las comunicaciones que cursó con fechas 21-12-2000 y 05-02-2001, en las que desvirtúa las afirmaciones hechas por la demandada; incluso el mismo accionante, con fecha 15-02-2001, ha cursado carta notarial al propietario del Hostal Latino, a fin de que dicha persona rectificara el informe falso y malicioso que se curso al Jefe Zonal de Huancayo con fecha 17-01-2001 (sic), no obstante lo cual hasta la fecha no se ha dado respuesta a su comunicación. Agrega que se le ha perjudicado como represalia por haber interpuesto a la misma demandada, una acción judicial sobre reconocimiento de años de servicios y pago de remuneraciones insolutas, la

misma que actualmente se encuentra en trámite y donde a nivel de primera instancia ha obtenido resolución favorable a su pretensión.

Telefónica del Perú S.A. solicita se declare inadmisibles o infundadas las pretensiones. Especifica que la acción debe rechazarse de plano porque la violación alegada se ha convertido en irreparable al haberse despedido al demandante de acuerdo a ley; en todo caso, la reposición no procede sino en los supuestos de despidos nulos, lo que no sucede en el presente caso. Agrega, además, que la presente vía, por su carencia de etapa probatoria, no resulta la idónea, sino la vía laboral, motivo por lo que deduce la excepción de incompetencia. Por último, y en cuanto al fondo, precisa que no se ha vulnerado los derechos constitucionales reclamados, habida cuenta que su despido se ha producido tras haberse comprobado la existencia de una falta grave, frente a la cual el demandante ha hecho uso de su derecho de defensa.

El Segundo Juzgado Mixto de Huanuco, con fecha 13-06-2001, a fojas 151 a 159, declara infundadas las defensas previas y la excepción de incompetencia, e infundada la demanda, por considerar que resulta imposible reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho invocado, por cuanto el demandante fue despedido en aplicación de la ley y conforme a la misma se le dio el derecho a efectuar sus descargos. Por otra parte, las faltas imputables al actor están previstas en la ley, por lo que el empleador ha procedido a aplicar la misma; en todo caso, para discutir dicha controversia se requiere de estación probatoria de la cual carece el amparo. Finalmente el Artículo 27° de la Constitución, no supone la posibilidad de que se reponga al trabajador.

La Sala Civil de la Corte Superior de Huanuco Pasco, con fecha 14 de agosto del 2001, confirmó la apelada, fundamentalmente por considerar que el demandante ha sido debidamente informado de los cargos formulados en su contra, los que además se encuentran tipificados en la ley, por lo que no se ha vulnerado sus derechos constitucionales.

FUNDAMENTOS

IV. Los alcances del derecho constitucional reconocido en el artículo 27° de la Constitución

10. La demandada ha alegado que la pretensión del recurrente, esto es, que se ordene su reposición, es inadmisibles, toda vez que éste fue despedido en aplicación de lo dispuesto por el artículo 24 y siguientes de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que guarda concordancia con el artículo 27 de la Constitución Política del Perú.

11. El artículo 27 de la Constitución prescribe: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". Mediante dicho precepto constitucional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho "a no ser despedido arbitrariamente". Sólo reconoce el derecho del trabajador a la "protección adecuada" contra el despido arbitrario.

El referido artículo no indica en qué términos ha de entenderse esa "protección adecuada". En su lugar señala que la ley tiene la responsabilidad de establecerla; es decir, que su desarrollo está sujeto al principio de reserva de ley. En la medida que el artículo 27 constitucional no establece los términos en que debe entenderse la "protección adecuada" y prevé una reserva de ley para su desarrollo, el derecho allí reconocido constituye lo que en la doctrina constitucional se denomina un "derecho constitucional de configuración legal".

Evidentemente, el que la Constitución no indique los términos de esa protección adecuada, no quiere decir que exista *prima facie* una convalidación tácita de cualquier posible desarrollo legislativo que se haga en torno al derecho reconocido en su artículo 27 o, acaso, que se entienda que el legislador se encuentre absolutamente desvinculado de la Norma Suprema. Si bien el texto constitucional no ha establecido cómo puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ella exige que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, éstas deban satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad o, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas "adecuadas".

Ante la diversidad de las formas cómo el legislador nacional puede desarrollar el contenido del derecho en referencia, para lo que goza un amplio margen de discrecionalidad dentro de lo permitido constitucionalmente, este Tribunal considera que dicho tema puede ser abordado, por decirlo así, desde dos perspectivas: por un lado a través de un régimen de carácter "sustantivo" y, por otro, con un régimen de carácter "procesal":

12. a) Según la primera, en su dimensión sustantiva, esto es, aquella que atañe al modo cómo ha de entenderse la protección adecuada contra el despido arbitrario regulado por el artículo 27 de la Constitución, el legislador puede adoptar, entre otras fórmulas intermedias, por las siguientes:

a.1) Protección "preventiva" del despido arbitrario

Según este modo posible de desarrollo legislativo del artículo 27 de la Constitución, el contenido del derecho puede ser configurado por el legislador de modo tal que se "prevenga", "evite" o "impida" que un trabajador pueda ser despedido arbitrariamente. Es decir, que mediante ley se prevea que no se puede despedir arbitrariamente al trabajador si es que no es por alguna causal y en la medida que ésta se pruebe, previo procedimiento disciplinario, si fuera el caso. Recibe la calificación de *preventiva* debido a que la protección adecuada que enuncia el artículo 27 de la Constitución se traduce en evitar el despido arbitrario.

En nuestro ordenamiento jurídico, un régimen de protección adecuada contra el despido arbitrario en esos términos es el que se ha previsto para los trabajadores sujetos al régimen de la actividad pública, a través del Decreto Legislativo N°. 276.

A su vez, en el régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°. 728, aprobado por Decreto Supremo N°. 003-97-TR, esta protección "preventiva" se materializa en el procedimiento previo al despido establecido en el artículo 31° de dicha ley –inspirado, a su vez, en el artículo 7° del

Convenio N°. 158 de la Organización Internacional del Trabajo-, que prohíbe al empleador despedir al trabajador sin haberle imputado la causa justa de despido y otorgado un plazo no menor a 6 días naturales para que pueda defenderse de dichos cargos, salvo el caso de falta grave flagrante. Al respecto este Tribunal, en la sentencia recaída en el Expediente N°. 976-96-AA/TC, estableció que la omisión del procedimiento previo de defensa del trabajador vulnera el derecho constitucional al debido proceso, por lo que procedió a amparar el derecho lesionado ordenando la reposición del recurrente. En el mismo sentido se ha pronunciado en las sentencias recaídas en los expedientes Nos. 1112-98-AA/TC; 970-96-AA/TC, 795-98-AA/TC, 482-99-AA/TC, 019-98-AA/TC, 712-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC.

a.2) Protección "reparadora" contra el despido arbitrario

Según este segundo criterio, el legislador puede optar por desarrollar el contenido del derecho regulado por el artículo 27 de la Constitución de modo tal que, ante el supuesto de despido arbitrario contra un trabajador, la ley prevé una compensación económica o una indemnización por el accionar arbitrario del empleador. En tal supuesto, la ley no evita que se produzca el despido arbitrario, sino que se limita a reparar patrimonialmente sus consecuencias.

El Tribunal Constitucional considera que el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales en aquellos casos en los que, o bien el trabajador, una vez que fue despedido arbitrariamente, cobra la indemnización correspondiente o, en su defecto, inicia una acción judicial ordinaria con el objeto de que se califique el despido como injustificado, con el propósito de exigir del empleador el pago compulsivo de la referida indemnización. En cualesquiera de esos casos, por tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador, la protección adecuada contra el despido arbitrario debe traducirse inexorablemente en el pago de la correspondiente indemnización. En tal caso, el trabajador decide que la protección adecuada es el pago de su indemnización.

Así lo ha sostenido este Tribunal Constitucional en el caso Ramírez Alzamora (STC recaída en el Expediente N.º 0532-2001-AA/TC), donde declaró infundada la demanda planteada como consecuencia de un despido arbitrario, pues previamente el demandante aceptó el pago de sus beneficios sociales y la indemnización por el despido. En aquella ocasión, este Tribunal señaló lo siguiente: "De fojas cincuenta y cuatro a cincuenta y cinco obra la liquidación por tiempo de servicios debidamente suscrita por el demandante, en la que se consigna el pago de la indemnización por despido arbitrario y demás beneficios sociales que establece la normativa laboral; lo que acredita que quedó extinguida la relación laboral entre las partes, conforme lo ha establecido este Tribunal a través de uniforme y reiterada jurisprudencia".

Este es, por cierto, el régimen legal que ha sido adoptado por el legislador tratándose de trabajadores sujetos a la actividad privada. Por ello, a juicio del Tribunal Constitucional, el artículo 34 del Decreto Legislativo N.º 728, en concordancia con lo establecido en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador -vigente en el Perú desde el 7 de mayo de 1995-, ha previsto la indemnización como uno de los

modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional.

13. b) Sin embargo, el establecimiento de un régimen "sustantivo" de protección adecuada contra el despido arbitrario, en los términos que antes se ha indicado, no es incompatible con la opción de que el mismo legislador establezca, simultáneamente, un sistema de protección adecuada contra el despido arbitrario, por decirlo así, de carácter "procesal".

Es decir, el establecimiento mediante ley de un régimen de protección jurisdiccional contra el despido arbitrario que, en algunas oportunidades, puede encontrarse estrechamente relacionado con el régimen sustantivo, pero que en otros, también puede tener un alcance totalmente independiente.

b.1). En efecto, un modelo de protección procesal, estrechamente ligado al régimen de protección sustantiva, que aquí se ha denominado de carácter reparador, es lo que sucede con la acción indemnizatoria o, excluyentemente, la acción impugnatoria de despido (con excepción del supuesto de despido "nulo") en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. En tal supuesto, el régimen de protección procesal se encuentra inexorablemente vinculado con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N°. 728, pues, de advertirse que el despido del que fue objeto un trabajador fue arbitrario, el juez laboral no podrá tutelar el derecho más allá de lo que en dicha legislación se prevé a propósito de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada; es decir, ordenar el pago de la indemnización correspondiente.

Se trata de un sistema de protección adecuada contra el despido arbitrario que tiene una eficacia resarcitoria y, como tal, se trata de un derecho que el ordenamiento reconoce al trabajador, tal como se desprende, por lo demás, de la propia ubicación estructural asignada al artículo 34 dentro del Decreto Legislativo N°. 728.

b.2). Sin embargo, como antes se ha anotado, al lado de ella, puede establecerse un sistema o régimen de protección jurisdiccional con alcances diferentes. Es decir, que en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional.

Por la propia finalidad del amparo, el tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir, como en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario; sino en, como expresamente indica el artículo 1° de la Ley N°. 23506, "reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional".

En el ámbito del amparo, en efecto, ese estado anterior al cual debe reponerse las cosas no es el pago de una indemnización. Es la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente.

Y es que, en rigor, en la vía del amparo no se cuestiona, ni podría cuestionarse, la existencia de una causa justa de despido; sino la presencia, en el despido, como elemento determinante del mismo, de un motivo ilícito, que suponga la utilización del

despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional; por lo que, en verdad, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales. Así ocurre, por ejemplo, con el despido discriminatorio, en el cual el despido es tan sólo el medio utilizado para practicar un acto discriminatorio en perjuicio de un trabajador a causa de su raza, color, sexo, idioma, religión, actividad sindical, opinión política o cualquier otra condición.

14. Por todo lo expuesto, este Tribunal Constitucional considera que el régimen de protección adecuada enunciado en el artículo 27 de la Constitución y que se confió diseñarlo al legislador ordinario, no puede entenderse, para el caso de los trabajadores sometidos al régimen privado, únicamente circunscrito al Decreto Legislativo N.º 728, sino de cara a todo el ordenamiento jurídico, pues éste (el ordenamiento) no es una agregación caótica de disposiciones legales, sino uno basado en las características de coherencia y completud.

Además, como antes se ha dicho, en el caso de la acción de amparo, la protección que se dispensa al trabajador no está referida a la arbitrariedad del despido, que dependerá de la prueba de la existencia de la causa justa imputada, sino al carácter lesivo de los derechos constitucionales presente en dicho despido.

Por ello, el Tribunal Constitucional no puede compartir la tesis de la demandada, según la cual en el amparo no cabe ordenarse la restitución del trabajador despedido arbitrariamente, sino únicamente ordenarse el pago de una indemnización. Tal postura, en torno a las implicancias del artículo 27 de la Constitución, desde luego, soslaya el régimen procesal que también cabe comprender dentro de dicha cláusula constitucional y que constituye un derecho del trabajador despedido arbitrariamente.

15. De ahí que el Tribunal Constitucional, a lo largo de su abundante jurisprudencia, haya establecido que tales efectos restitutorios (readmisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes:

a) Despido nulo

Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en el artículo 29º del Decreto Legislativo N.º 728 y como consecuencia de la necesidad de proteger, entre otros, derechos tales como los previstos en el inciso 2) del artículo 2º; inciso 1) del artículo 26º e inciso 1) del artículo 28º de la Constitución.

Se produce el denominado despido nulo, cuando:

- Se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales.
- Se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición)

- Se despidе al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza, religión, opción política, etc.
- Se despidе a la trabajadora por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto).
- Se despidе al trabajador por razones de ser portador de Sida (Cfr. Ley N.º 26626).
- Se despidе al trabajador por razones de discapacidad (Cfr. Ley 27050).

b) Despido incausado

Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2002 (Caso Telefónica, expediente N.º 1124-2002-AA/TC). Ello a efectos de cautelar la vigencia plena del artículo 22º de la Constitución y demás conexos.

Se produce el denominado despido incausado, cuando:

- Se despidе al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.

c) Despido fraudulento

Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido implícitamente en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 0628-2001-AA/TC, de fecha 10 de julio de 2002. En aquel caso se pretendió presentar un supuesto de renuncia voluntaria cuando en realidad no lo era. En tal caso, este Tribunal consideró que "El derecho del trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las prescripciones contenidas en los artículos 22º y siguientes de la Carta Magna, debido a la falta de equilibrio de las partes, que caracteriza a los contratos que regula el derecho civil. Por lo que sus lineamientos constitucionales, que forman parte de la gama de los derechos constitucionales, no pueden ser meramente literales o estáticos, sino efectivos y oportunos ante circunstancias en que se vislumbra con claridad el abuso del derecho en la subordinación funcional y económica...". (Fun. Jur. N.º. 6).

Esos efectos restitutorios obedecen al propósito de cautelar la plena vigencia, entre otros, de los artículos 22º, 103º e inciso 3) del artículo 139º de la Constitución.

Se produce el denominado despido fraudulento, cuando:

- Se despidе al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este Tribunal (Exp. N.º 415-987-AA/TC, 555-99-AA/TC y 150-

2000-AA/TC); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. N.º 628-2001-AA/TC) o mediante la "fabricación de pruebas".

En estos supuestos, al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforma a la ley, la situación es equiparable al despido sin invocación de causa, razón por la cual este acto deviene lesivo del derecho constitucional al trabajo.

16. En mérito a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27º de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso.

Esta orientación jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia laboral no conlleva a la estabilidad laboral absoluta, sino plantea el reforzamiento de los niveles de protección a los derechos del trabajador frente a residuales prácticas empresariales abusivas respecto al poder para extinguir unilateralmente una relación laboral.

V. Despido y derechos fundamentales en el ámbito laboral

17. Evidentemente, cualquiera sea la opción que adopte un trabajador con el fin de obtener una "protección adecuada" contra el despido arbitrario, ésta parte de una consideración previa e ineludible. El despido arbitrario, por ser precisamente "arbitrario", es repulsivo al ordenamiento jurídico.

No es este el lugar donde el Tribunal Constitucional deba de indicar que el principio de razonabilidad, implícitamente derivado del principio de igualdad, y expresamente formulado en el artículo 200º de la Constitución, no tolera ni protege que se realicen o expidan actos o normas arbitrarias. Razonabilidad, en su sentido mínimo, es lo opuesto a la arbitrariedad y a un elemental sentido de justicia.

Por ello, cuando el artículo 27º de la Constitución establece que, contra el despido arbitrario, la ley dispensará una "protección adecuada", tal disposición no puede entenderse en el sentido de que con ella se está constitucionalizando el derecho del empleador de despedir arbitrariamente, como parece entenderlo la demandante. Al amparo de un acto arbitrario, como el despido inmotivado, no puede reclamarse el reconocimiento de derecho constitucional alguno. Simplemente el ordenamiento sanciona la realización de actos arbitrarios, aunque, como se ha visto, esa sanción al despido arbitrario pueda tener, en determinadas circunstancias, tanto una protección de eficacia restitutoria como de eficacia resarcitoria.

18. Manuel Alonso García [*Curso de Derecho del Trabajo*, Editorial Ariel, Madrid 1981, Pág. 559.] define el despido como "el acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual, éste, decide poner fin a la relación de Trabajo".

Ante la proclividad del ejercicio abusivo de la facultad de despedir, el derecho ha impuesto a esta institución la exigencia de la causalidad. Así, cuando la extinción unilateral del vínculo laboral no se funda en una causa justa previamente establecida

en la ley, los órganos jurisdiccionales tienen competencia para calificar el despido como justificado o injustificado.

19. En ese orden de ideas, el artículo 22° del Decreto Legislativo N.° 728 establece las situaciones en donde se considera la existencia de causa justa de despido. Entre las causas relativas a la capacidad del trabajador aparecen el detrimento de facultades o ineptitud sobrevenida; el rendimiento deficiente; la negativa injustificada del trabajador a someterse a exámenes médicos o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas. Entre las causas relativas a la conducta del trabajador aparecen el incumplimiento de obligaciones y desobediencia; la paralización intempestiva de las labores; la disminución deliberada y reiterada del rendimiento; la falta de honradez; la violación del deber de buena fe laboral; la violación del secreto; la información falsa; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la competencia desleal; la violación de los deberes de conducta; la violencia grave, indisciplina, injuria o faltamiento de palabra grave; el sabotaje; el abandono de trabajo; las inasistencias injustificadas e impuntualidad reiterada; la condena penal por delito doloso, la inhabilitación para el ejercicio de una actividad; etc.

De esta forma, un despido será justificado o injustificado, legal o arbitrario, en tanto la voluntad extintiva de la relación laboral manifestada por el empleador se lleve a cabo con expresión o sin expresión de causa; con el cumplimiento o incumplimiento de las formalidades procedimentales; con probanza o no probanza de la causa –en caso de haber sido ésta invocada- en el marco de un proceso. Asimismo, la competencia y actuación de la vía jurisdiccional –ordinaria o constitucional- y los alcances de la protección jurisdiccional –reposición o indemnización- dependen de la opción que adopte el trabajador despedido, así como de la naturaleza de los derechos supuestamente vulnerados.

El Tribunal Constitucional estima que frente al despido arbitrario, en función a sus competencias y responsabilidades, le cabe determinar la existencia o inexistencia de respeto al orden constitucional. Y en esa perspectiva –ya sea por defecto de las normas infraconstitucionales o por las conductas de los sujetos de una relación laboral-, si se ha producido el respeto o la afectación de los derechos fundamentales allí consagrados.

20. Por tal motivo, este Colegiado cumple con precisar las consecuencias que se deriven de la pluralidad de acciones anteriormente descritas.

El Tribunal Constitucional estima que la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad –y por consiguiente el despido carecerá de efecto legal- cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos.

Como señala Carlos Blancas Bustamante [*El despido en el Derecho Laboral Peruano*, Ara Editores, Lima, 2002, Pág. 282] , en criterio que este Tribunal comparte, la afirmación de tales derechos en el ámbito laboral supone el " superar la noción tradicional según la cual el contrato de trabajo acotaba a favor del empleador una <

zona franca y segregada de la sociedad civil > en la que los derechos civiles y libertades del trabajador quedaban en la < puerta de la fábrica > careciendo, por consiguiente, de relevancia en la vida de la relación de trabajo".

La pérdida de toda eficacia legal de cierto tipo de despidos, deriva de la conexión directa e inmediata entre el acto de extinción de la relación laboral y la contravención de la Constitución o los tratados en materia de derechos humanos. Así, se encontrará afectada de plena nulidad toda aquella voluntad de empleador que restrinja, limite, disminuya, impida o conculque el goce de los referidos derechos a uno o más de sus dependientes.

En este singular caso, la naturaleza misma del acto inconstitucional es la que determina la ineficacia legal del despido, en razón de que el principio de primacía constitucional, contenido en el artículo 51° de nuestra Norma Fundamental, no admite que puedan reputarse como legítimas y eficaces aquellas conductas y actuaciones que importan la vulneración de los derechos que dicho conjunto normativo consagra.

En efecto, la lesión de los derechos fundamentales de la persona constituye, *per se*, un acto inconstitucional, cuya validez no es en modo alguno permitida por nuestro supra ordenamiento. En ese contexto, y, al amparo de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene la obligación de disponer a favor del agraviado la tutela más amplia, efectiva y rápida posible, restituyéndole en el goce integral y en el ejercicio pleno de su derecho amenazado o vulnerado; lo que se conseguirá mediante la cesación del acto lesivo y la privación de efecto legal alguno que por arbitrariedad el empleador quisiese consumir.

Ese es el sentido de la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional desde la sentencia del 2 de octubre de 1995 (Caso Pucalá, Expediente N.° 2004-94-AA/TC, Lambayeque), en resguardo de los derechos fundamentales de la persona frente a actos de despido constitucionalmente arbitrarios. Allí se ordenó la reposición de un trabajador separado de la Cooperativa Agraria Pucalá, en atención a la necesidad de defender los contenidos establecidos en el artículo 22° y conexos de la Constitución. De los mismos alcances es la sentencia del 21 de enero de 1999 (Caso Cossío, Expediente N.° 1112-98-AA/TC), en donde expresamente se señaló que "este Tribunal no realiza en el presente caso una calificación de despido arbitrario en los términos establecidos en el artículo 67° del Texto Único de la Ley de Fomento del Empleo, D.S. N.° 05-95-TR, para que pueda discutirse si procede su reposición o la indemnización, sino la evaluación de un acto, el despido, que, eventualmente, resulte lesivo de los derechos fundamentales: Por tanto, de verificarse este extremo, ineludiblemente deberá pronunciar su sentencia conforme al efecto restitutorio propio de las acciones de garantía, tal cual lo prescribe el artículo 1° de la Ley N.° 23506". [Debe advertirse que similar criterio fue expuesto en la sentencia de fecha 22 de julio de 1999 (Caso Ordoñez Huatuco, Expediente N.° 482-99-AA/TC)].

EXP. N° 1058-2004-AA/TC
RAFAEL FRANCISCO GARCÍA MENDOZA-SERPOST

CASO

Con fecha 24 de julio de 2002, el recurrente interpone acción de amparo contra la empresa de Servicios Postales del Perú S.A. (SERPOST S.A.), solicitando que se deje sin efecto la Carta N.º 505-G/02 (21.06.02), en virtud de la cual se resuelve su vínculo laboral, y que, en consecuencia, se le reponga en el cargo de Jefe de la Oficina de Auditoría Interna de la empresa demandada, reconociéndosele las remuneraciones dejadas de percibir. Afirma que la demandada le ha atribuido arbitrariamente la comisión de una supuesta falta grave contemplada en el inciso a) del artículo 25º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, aprobado por D.S. N.º 003-97-TR, argumentando “[...] haber utilizado indebidamente los recursos públicos dentro del horario de trabajo para realizar actividades de índole particular, totalmente ajenas al servicio, constatándose el envío de material pornográfico a través del sistema de comunicación electrónico, denotando falta de capacidad e idoneidad para el desempeño del cargo e inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo”; agrega que no se le ha permitido ejercer adecuadamente su derecho de defensa al impedírsele el ingreso a su centro de labores, vulnerándose, adicionalmente, sus derechos a la libertad de trabajo, al carácter irrenunciable de los derechos laborales y al debido proceso.

SERPOST S.A. contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente o infundada, alegando que no se ha afectado el debido proceso; que el despido del recurrente no viola su derecho al trabajo, ni tampoco el principio de legalidad; añadiendo que el despido fue justificado, sustentado en una decisión regular de la empresa, y que se le aplicó una sanción prevista en el Decreto Legislativo N.º 728 y el Reglamento Interno de Trabajo.

El Vigésimo Primer Juzgado Especializado Civil de Lima, con fecha 11 de octubre de 2002, declara fundada la demanda ordenando la reposición del demandante, estimando que se vulneraron los derechos constitucionales de tipicidad, de inmediatez y de defensa, al no haberse precisado en la carta de aviso la falta grave imputada ni los detalles de los hechos atribuidos, más aún cuando existía una constatación notarial en la que constaba que los envíos pornográficos no habían sido ubicados en la computadora del demandante.

La Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 02 de octubre de 2003, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, por estimar que la carta de aviso de falta grave sí describía adecuadamente la falta imputada al demandante, no apreciándose vulneración del derecho de defensa, puesto que se lo notificó para que presentara sus descargos, concediéndosele el plazo de ley; agregando que el amparo no es la vía adecuada para verificar o desvirtuar los hechos imputados al actor.

FUNDAMENTOS

5. En primer lugar y si la supuesta falta grave atribuida al recurrente se sustenta en el hecho de *“haber utilizado indebidamente recursos públicos dentro del horario [d]e trabajo, para realizar labores de índole particular, totalmente ajenas al servicio, constatándose el envío de material pornográfico a través del sistema de comunicación electrónica, denotando falta de capacidad e idoneidad para el desempeño del cargo e inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo”*, es imprescindible precisar si dicha conducta se encuadra en el citado inciso a) del artículo 25° del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, cuyo texto prevé que *“Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato de tal índole, que hagan irrazonable la subsistencia de la relación”*; agregando que dentro de las diversas variantes que la configuran se encuentra *“El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene, aprobados o expedidos, según corresponda por la autoridad competente, que revistan gravedad”*.

6. De una simple constatación entre lo que establece el citado dispositivo legal y la conducta atribuida al recurrente, no se observa, *prima facie*, coherencia o relación alguna, salvo que se entienda que la misma supone, exclusivamente, una infracción al Reglamento Interno de Trabajo, que, según aparece del texto reseñado, podría permitir una interpretación mucho más extensiva de los tipos de conducta grave. Sin embargo, revisado el texto de dicho reglamento, obrante de fojas 119 a 152 de autos, se aprecia que, por el contrario, los hechos imputados no son calificados como faltas graves que generan despido, conforme lo establece el artículo 113° de dicha norma, sino, y en el más perjudicial de los casos, como simples infracciones que solo generan sanción disciplinaria, según lo señalado en su respectivo artículo 110°.

7. En efecto, aun asumiendo que los hechos atribuidos fuesen ciertos, los mismos podrían verse identificados en los incisos e) [*“Cometer dentro de las horas de trabajo o fuera de ellas actos contrarios a la disciplina, higiene o reñidos con la moral”*], j) [*“Distraer a sus compañeros en horas de trabajo, así como leer periódicos, revistas, libros, etc. sin ser parte de sus funciones”*], s) [*“Usar temerariamente los bienes o instalaciones de la empresa”*] e y) [*“Utilizar o usufructuar para actividades ajenas a SERPOST S.A. los teléfonos, télex, máquinas, equipos u otros bienes, o permitir su uso a terceras personas”*] del referido artículo 110°, mas, de ningún modo, como las consabidas faltas graves generadoras de despido. Este solo hecho, independientemente del tipo de sanción adoptada, implica, pues, una transgresión del principio de tipicidad sancionatoria que, como este Colegiado ya lo ha señalado en anteriores oportunidades, rige en el ámbito de los procedimientos disciplinarios de toda índole.

8. Un segundo aspecto que en cierta forma es consecuencia del anterior (solo en tanto se asuma la veracidad de los cargos imputados) tiene que ver con la intensidad de la sanción que, a estos efectos, tampoco resulta la adecuada. Si, conforme lo establece el artículo 108° del Reglamento Interno de Trabajo, son cuatro los tipos de medidas disciplinarias: amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión temporal sin goce de remuneraciones y despido, y las mismas deben ser aplicadas tomando en

cuenta los hechos, la gravedad de las faltas y los antecedentes del trabajador, resulta absolutamente desproporcionado e irrazonable, por decir lo menos, que, por los hechos denunciados, se proceda de inmediato y sin elemento de ponderación, a aplicar al recurrente la más grave de las medidas sancionatorias. Tal circunstancia, a juicio de este Colegiado, tergiversa los alcances del debido proceso, no solo en términos formales, sino fundamentalmente sustantivos.

9. Un tercer aspecto, cuestionable desde todo punto de vista, se relaciona con el modo de proceder de la emplazada al momento de efectuar el acopio de las supuestas pruebas a utilizarse contra el recurrente, y con el modo como le fue permitido ejercer su derecho de defensa. Sobre el particular, este Colegiado enfatiza que aunque la empresa demandada alega la comisión de falta grave en los términos anteriormente descritos, ni la carta de imputación de cargos ni la de despido precisan como es que se arribó a una conclusión incriminatoria de tal naturaleza, ni los hechos objetivos (pruebas concretas) en que ella se respalda. Tal hecho, ya de por sí cuestionable, evidentemente ha impedido que el recurrente pueda acceder en condiciones razonables a elementos de juicio que le permitan un adecuado ejercicio de su derecho a la defensa.

10. Especialmente grave ha sido, por el contrario, que los consabidos elementos supuestamente probatorios hayan sido recién puestos en conocimiento del demandante con la contestación de la presente demanda, en la que, por otra parte, también se da cuenta, por vez primera, del procedimiento seguido para su obtención. Sobre tal extremo, es evidente que si la supuesta prueba objetiva en que se basó SERPOST, residía en la constatación notarial (Acta Extraprotocolar), de fecha 10 de junio de 2002, obrante de fojas 88 a 89 de autos, y en las copias de los correos, acompañadas de fojas 90 a 101, lo mínimo que debió hacerse fue ponerlas en conocimiento oportuno del demandante a efectos de acreditar la veracidad de las imputaciones realizadas y, como ya se adelantó, de otorgar la posibilidad de que el mismo pudiera contraponer los argumentos que a su derecho de defensa correspondían. La demandada, lejos de proceder del modo descrito, le ocultó al demandante tales elementos, pese a que los mismos fueron obtenidos tres días antes de procederse a remitir la carta de imputación de cargos.

11. Resulta igualmente contradictorio que si la constatación notarial simplemente se limitó a dar cuenta de la existencia de correos pornográficos supuestamente remitidos desde la computadora del recurrente, don Rafael Francisco García Mendoza, a la computadora del trabajador Javier Arévalo Sattler, (posteriormente asignada a don Roger Armando Zagaceta Jarrín), se haya procedido a formular cargos incriminatorios sin verificar, en su momento y en la forma debida, si la remisión de tales correos provenían, o no, de la citada maquina asignada al recurrente. En lugar de ello, la demandada no solo le otorgó certeza total a la citada verificación preliminar, sino que el mismo día en que le cursó la carta de imputación de cargos (13 de junio de 2002), dispuso prohibir el ingreso al recurrente a su centro de trabajo, conforme se acredita con las constataciones policiales de fojas 23 y 24 de autos.

12. Queda claro que con este proceder la demandada no solo no acreditó, en ningún momento, que de la computadora del recurrente hubiesen provenido los correos

calificados de pornográficos, sino que impidió que el demandante pudiese hacer acopio de los datos e informaciones necesarios para hacer sus descargos. Debe igualmente puntualizarse que aunque el artículo 31º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR permite que el empleador exonere al trabajador de asistir a su centro de labores a efectos de realizar sus descargos de ley frente a una imputación, ello opera solo en los supuestos en que tal exoneración no perjudique el derecho de defensa. En el caso de autos, resultaba evidente que por las características de la imputación realizada, no solo era conveniente, sino necesario, para la defensa del trabajador, poder acceder a los elementos informáticos que permitieran la sustentación de sus descargos. La demandada no solo exoneró de sus labores al recurrente sin que en su caso resultara pertinente dicha medida, sino que, abusando de sus prerrogativas o distorsionando los alcances del dispositivo antes referido, le impidió al trabajador, aun antes de ser despedido, ingresar a su centro de labores.

13. Un cuarto aspecto que, a pesar de sus alcances colaterales, se encuentra directamente relacionado con lo que aquí se ha venido analizando, tiene que ver con la implicancia que el procedimiento seguido contra el recurrente pudo haber tenido con relación a sus derechos constitucionales a la privacidad y a la reserva de sus comunicaciones. En efecto, de la constatación notarial se aprecia que fue el subgerente de Recursos Humanos de SERPOST, don Roger Armando Zagaceta Jarrín, quien solicitó la intervención de Notario Público a fin de constatar la existencia de correos pornográficos almacenados en la computadora que a dicho funcionario se le dio para trabajar. El citado instrumento consigna expresamente que “*[...]el señor Roger Armando Zagaceta Jarrín [...] manifestó que era de la Subgerencia de Recursos Humanos y me señaló el escritorio principal donde había una computadora [...] la cual se encontraba encendida y funcionando. Activando el sistema de correo electrónico que tiene el encabezado Javier Arévalo Inbox Lotus Notes aparecen en la pantalla los correos electrónicos que han sido recibidos en dicha computadora, momento en el que el señor Roger Armando Zagaceta Jarrín me manifiesta que ese mismo día, en las primeras horas de la mañana, al revisar los archivos de dicha computadora, que anteriormente estuvo reservada al señor Javier Arévalo encontró cuatro correos electrónicos de contenido pornográfico que habían sido remitidos desde otra computadora de SERPOST, asignada al señor Rafael García, los cuales deseaba que constatará en su existencia y contenido*”.

14. De los párrafos precedentes pueden desprenderse, por de pronto, las siguientes conclusiones: a) que no fue en la computadora del recurrente donde se hizo la constatación notarial de los correos cuestionados, sino en la de un tercero, quien incluso no resulta ser el destinatario de los mismos, sino un nuevo usuario del equipo de cómputo que antes perteneció al verdadero receptor de tales mensajes; b) que pese a que los correos enviados pertenecieron a otra persona, en este caso, al señor Javier Arévalo, el señor Roger Zagaceta procedió *motu proprio* a abrirlos y revisarlos sin encontrarse autorizado por quien, en todo caso, era el único y excluyente destinatario de los mismos; c) no se conoce denuncia alguna sobre el envío de los correos por parte de su verdadero destinatario, quien, en todo caso, tendría que considerarse el supuesto agraviado, y no la persona que ha promovido la denuncia.

15. Paralelamente a la instrumental antes referida y a las consideraciones efectuadas en torno de la misma, cabe agregar que en el momento en que la demandada procedió a revisar el equipo de cómputo del recurrente, hecho que se produce el mismo día en que se le cursa la carta de imputación de cargos y se le impide el ingreso a su centro de trabajo, no se llegó a verificar técnicamente la existencia de correos originalmente remitidos desde la unidad de cómputo que le fue asignada, lo que, en todo caso, pudo haber abierto paso a una nueva discusión omitida por la emplazada: la de saber si de alguna forma pudieron haberse manipulado las vías informáticas, con el objeto de hacer aparecer al recurrente como el remitente de los mensajes cuestionados. Por otra parte, es un hecho inobjetable que si no existía certeza plena respecto del supuesto remitente, debió procederse a una investigación mucho más profunda y detallada, y no a una decisión inmediata como la cuestionada en el presente proceso.

16. Aunque, en el presente caso, podría pensarse que la infracción de procedimiento reside principalmente en el hecho de haberse efectuado acopio de supuestos elementos probatorios y haber colocado al recurrente en una condición desventajosa para defenderse, queda claro que la controversia planteada permite considerar un hecho de suma trascendencia: el de saber si los medios informáticos de los que se vale un trabajador para realizar sus labores, pueden considerarse de dominio absoluto de la entidad o empresa para la que labora, o si, por el contrario, existe un campo de protección respecto de determinados aspectos en torno de los cuales no le está permitido al empleador incidir de manera irrazonable.

17. Sobre este particular, queda claro que aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado.

18. En efecto, conforme lo establece el artículo 2º, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo.

19. Aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar

y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce. No en vano el artículo 23° de nuestra norma fundamental contempla expresamente que “*Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador*”. Por consiguiente y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos.

20. Queda claro, empero, que cuando se alega que la relación laboral no puede desconocer los derechos fundamentales del trabajador, ello no significa tampoco que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse o desnaturalizarse. En tales supuestos, es evidente que el empleador no solo puede, sino que debe, hacer uso de su poder fiscalizador e, incluso, disciplinario. Sin embargo, en tales supuestos, la única forma de determinar la validez, o no, de una medida de tal índole es, en primer lugar y como ya se anticipó, respetar las propias limitaciones establecidas por la Constitución y, en segundo lugar, implementar mecanismos razonables que permitan, sin distorsionar el contenido de los derechos involucrados, cumplir los objetivos laborales a los que se encuentran comprometidos los trabajadores y las entidades empleadoras a las cuales pertenecen.

21. Lo que se plantea en el presente caso no es, sin embargo, que la empresa demandada no haya podido investigar un hecho que, a su juicio, consideraba reprochable, como lo es el uso de un instrumento informático para fines eminentemente personales, sino el procedimiento que ha utilizado a efectos de comprobar la presunta responsabilidad del trabajador investigado. Sobre este particular, es claro que si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución. La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley.

22. La demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que en la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos. En efecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2°, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal. Ello, de momento, supone que por la forma como se han recabado los mensajes que han sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo

efecto jurídico, siendo, por tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado. Se trata, pues, en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio.

23. Este Colegiado considera, por lo tanto, que en cualquiera de los supuestos en que sea observado el procedimiento seguido contra el recurrente, este resulta absolutamente inconstitucional. Ello, no obstante, no significa que el empleador carezca de medios adecuados para fiscalizar la labor del trabajador y la eficiencia de las responsabilidades que al mismo se le encomienda; pero es un hecho que la implementación de tales medios no puede hacerse en forma contraria a los derechos de la persona, sino de manera razonable, de modo tal que permita satisfacer los fines de toda relación laboral sin perjudicar los ámbitos propios de autodeterminación que en todo momento deben quedar sujetos a lo establecido en la norma fundamental.

b. PRECEDENTES VINCULANTES EN MATERIA LABORAL

EXP. N° 2616-2004-AC /TC AMADO NELSON SANTILLAN TUESTA

CASO

Con fecha 5 de enero de 2004, el recurrente interpone acción de cumplimiento contra el Director Regional de Educación del Consejo Transitorio de Administración Regional de Amazonas, solicitando el cumplimiento de la Resolución de Gerencia General Regional N.º 118-2003-GGR, de fecha 8 de setiembre de 2003, mediante la cual se establecen los criterios de aplicación y ejecución del pago de la bonificación dispuesta por el Decreto de Urgencia N.º 037-94.

La Dirección Regional de Educación de Amazonas y el Procurador Público del Gobierno Regional de Amazonas contestan la demanda en forma individual, alegando que el demandante ha venido percibiendo los aumentos del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM, y que, de conformidad con el artículo 7º, inciso d), del Decreto de Urgencia N.º 037-94, no le corresponde la bonificación prevista en el citado decreto de urgencia.

El Juzgado Mixto de Chachapoyas, con fecha 26 de enero de 2004, declara fundada la demanda, por considerar que la resolución cuyo cumplimiento se solicita, ha quedado firme, conservando su eficacia al no haberse declarado su invalidez en un proceso contencioso-administrativo.

La Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, con fecha 14 de junio de 2004, revocando la apelada, declara infundada la demanda argumentando que al demandante no le corresponde la bonificación concedida por el Decreto de Urgencia N.º 037-94, toda vez que su artículo 7º, inciso d), excluye a los servidores que vienen percibiendo la bonificación establecida por el Decreto Supremo N.º 019-94-PCM.

PRECEDENTE

& Ámbito de aplicación del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM y del Decreto de Urgencia N.º 037-94

5. El Decreto Supremo N.º 019-94-PCM, publicado el 30 de marzo de 1994, en su artículo 1º, establece “(...) que a partir del 1 de abril de 1994 se otorgará una bonificación especial a los profesionales de la salud y docentes de la carrera del Magisterio Nacional de la Administración Pública, así como a los trabajadores asistenciales y administrativos de los Ministerios de Salud y Educación y sus Instituciones Públicas Descentralizadas, Sociedades de Beneficencia Pública, Unión

de Obras de Asistencia Social y de los Programas de Salud y Educación de los Gobiernos Regionales”.

6. El Decreto de Urgencia N.º 037-94, publicado el 21 de julio de 1994, en su artículo 2º, dispone que “(...) a partir del 1 de julio de 1994, se otorgará una bonificación especial a los servidores de la Administración Pública ubicados en los niveles F-2, F-1, profesionales, técnicos y auxiliares, así como al personal comprendido en la Escala N.º 11 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM que desempeña cargos directivos o jefaturales, de conformidad con los montos señalados en el anexo que forma parte del presente Decreto de Urgencia (...)”.

7. Por su parte, el Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, publicado el 6 de marzo de 1991, regula en forma transitoria las normas reglamentarias orientadas a determinar los niveles remunerativos de los funcionarios, directivos, servidores y pensionistas del Estado en el marco del Proceso de Homologación, Carrera Pública y Sistema Único de las Remuneraciones y Bonificaciones.

8. Con el propósito de realizar una interpretación conforme el artículo 39º de la Constitución Política del Perú de la aplicación del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM y del Decreto de Urgencia N.º 037-94, es necesario concordarlo con el Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, dispositivo al que se remite el mismo decreto de urgencia. En ese sentido, cuando el Decreto de Urgencia N.º 037-94 otorga una bonificación a los servidores de la Administración Pública ubicados en los niveles F-2, F-1, profesionales, técnicos y auxiliares, no se refiere a los grupos ocupacionales determinados en el Decreto Legislativo N.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, sino que hace referencia a las categorías remunerativas-escalas, previstas en el Decreto Supremo N.º 051-91-PCM. Así, el decreto supremo referido determina los siguientes niveles remunerativos:

- Escala 1: Funcionarios y directivos
- Escala 2: Magistrados del Poder Judicial
- Escala 3: Diplomáticos
- Escala 4: Docentes universitarios
- Escala 5: Profesorado
- Escala 6: Profesionales de la Salud
- Escala 7: Profesionales
- Escala 8: Técnicos
- Escala 9: Auxiliares
- Escala 10: Escalafonados, administrativos del Sector Salud
- Escala 11: Personal comprendido en el Decreto Supremo N.º 032.1-91-PCM

& Servidores públicos comprendidos en el Decreto Supremo N.º 019-94-PCM y Decreto de Urgencia N.º 037-94, en concordancia con las escalas señaladas en el Decreto Supremo N.º 051-91-PCM

9. Habiéndose realizado el análisis de cada una de las normas legales pertinentes y elaborado la tabla comparativa de las escalas remunerativas, se llega a establecer que se encuentran comprendidos en los alcances del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM aquellos servidores públicos:

- a) Que se encuentren ubicados en la Escala Remunerativa N.º 4, esto es, los docentes universitarios.
- b) Que se encuentren en la Escala Remunerativa N.º 5, esto es, el profesorado.
- c) Que se encuentren comprendidos en la Escala Remunerativa N.º 6, esto es, los profesionales de Salud.
- d) Que se encuentren comprendidos en la Escala Remunerativa N.º 10, esto es, los escalafonados del Sector Salud.
- e) Que sean trabajadores asistenciales y administrativos ubicados en las escalas remunerativas N.ºs 8 y 9, es decir, los técnicos y auxiliares que presten sus servicios en los ministerios de Salud y Educación y sus instituciones públicas descentralizadas, sociedades de Beneficencia Pública, Unión de Obras de Asistencia Social y de los programas de Salud y Educación de los Gobiernos Regionales.

10. En virtud del Decreto de Urgencia N.º 037-94, corresponde el otorgamiento de la bonificación especial a los servidores públicos:

- a) Que se encuentren en los niveles remunerativos F-1 y F-2 en la Escala N.º 1.
- b) Que ocupen el nivel remunerativo incluido en la categoría del grupo ocupacional de los profesionales, es decir, los comprendidos en la Escala N.º 7.
- c) Que ocupen el nivel remunerativo incluido en la categoría del grupo ocupacional de los técnicos, es decir, los comprendidos en la Escala N.º 8.
- d) Que ocupen el nivel remunerativo incluido en la categoría del grupo ocupacional de los auxiliares, es decir, los comprendidos en la Escala N.º 9.
- e) Que ocupen el nivel remunerativo en la Escala N.º 11, siempre que desempeñen cargos directivos o jefaturales del nivel F-3 a F-8, según anexo del Decreto de Urgencia N.º 037-94.

11. No se encuentran comprendidos en el ámbito de aplicación del Decreto de Urgencia N.º 037-94, los servidores públicos que regulan su relación laboral por sus respectivas leyes de carrera y tienen sus propias escalas remunerativas, que son los ubicados en:

- a) La Escala N.º 2: Magistrados del Poder Judicial;
- b) La Escala N.º 3: Diplomáticos;
- c) La Escala N.º 4: Docentes universitarios;
- d) La Escala N.º 5: Profesorado;

e) La Escala N.º 6: Profesionales de la Salud, y

f) La Escala N.º 10 Escalafonados, administrativos del Sector Salud

12. Del análisis de las normas mencionadas se desprende que la bonificación del Decreto de Urgencia N.º 037-94 corresponde que se otorgue a los servidores públicos ubicados en los grupos ocupacionales de los técnicos y auxiliares, distintos del Sector Salud, en razón de que los servidores administrativos de dicho sector se encuentran escalafonados y pertenecen a una escala distinta, como es la Escala N.º 10. Cabe señalar que a los servidores administrativos del sector Salud, desde el inicio del proceso de aplicación del Sistema Único de Remuneraciones, Bonificaciones y Pensiones de los Servidores del Estado, se les estableció una escala diferenciada.

13. En el caso de los servidores administrativos del sector Educación, así como de otros sectores que no sean del sector Salud, que se encuentren en los grupos ocupacionales de técnicos y auxiliares de la Escala N.ºs 8 y 9 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, por no pertenecer a una escala diferenciada, les corresponde que se les otorgue la bonificación especial del Decreto de Urgencia N.º 037-94, por ser económicamente más beneficiosa, pues la exclusión de estos servidores conllevaría un trato discriminatorio respecto de los demás servidores del Estado que se encuentran en el mismo nivel remunerativo y ocupacional y que perciben la bonificación otorgada mediante el Decreto de Urgencia N.º 037-94.

EXP. N.º 0206-2005-PA/TC
CÉSAR ANTONIO BAYLÓN FLORES

CASO

Con fecha 21 de abril de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. y don Víctor Manuel Hacen Bernaola, en su calidad de Gerente General de la citada empresa, solicitando que se declaren inaplicables la carta notarial de imputación de cargos de fecha 3 de marzo de 2004 y la carta notarial de despido de fecha 17 de marzo de 2004; y que, por consiguiente, se lo reponga en el puesto de asistente de control patrimonial, con el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir. Asimismo, solicita que los demandados le paguen una indemnización de daños y perjuicios equivalente a 10,000.00 nuevos soles y que se disponga la apertura de instrucción al Gerente General por ser responsable de la agresión sufrida.

Manifiesta haber sido despedido debido a que, con posterioridad a la época en que ocupó el cargo de Jefe del Equipo de Facturación, se detectaron una serie de irregularidades con motivo del “Examen especial sobre presuntas irregularidades efectuadas en la manipulación del sistema SICI” llevado a cabo por el órgano de control de la empresa. Al respecto, refiere que no se hizo una adecuada calificación de la causa justa de despido y que no se observó el principio de inmediatez, contemplado en el artículo 31.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, toda vez que el despido se produjo mucho tiempo después de la fecha en que ocurrieron los hechos por los cuales fue despedido.

Agrega que tales actos vulneran sus derechos constitucionales su derecho constitucional al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario y al debido proceso.

E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. propone la excepción de incompetencia por razón de la materia, aduciendo que la vía del amparo no resulta idónea para este tipo de casos, pues existe una vía laboral donde se puede dilucidar mejor la controversia con el despliegue de una amplia actuación de material probatorio. Sostiene que en el caso del actor se procedió a su despido por la gravedad de las faltas cometidas, respetándose, en todo momento, el debido proceso y sus derechos constitucionales, por lo que solicita que la demanda sea declarada infundada.

El codemandado Víctor Manuel Hacen Bernaola solicita que la demanda sea declarada infundada, alegando que no le une vínculo alguno con el actor y que la sanción impuesta se debió única y exclusivamente a la configuración de una falta grave cometida por el recurrente. Manifiesta que el proceso de despido del demandante se realizó sin mala fe, dolo y arbitrariedades.

El Tercer Juzgado Civil de Huaura, con fecha 5 de julio de 2004, declara infundada la excepción propuesta considerando que el proceso de amparo tiene carácter alternativo, es decir, que ante la violación de un derecho constitucional, el demandante puede escoger dicha vía para defender sus derechos constitucionales; e, infundada la demanda argumentando que el actor cometió las faltas graves que se le imputan, observándose para su despido el debido proceso que establece la ley.

La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, con fecha 9 de diciembre de 2005, confirma la apelada, por los mismos fundamentos.

PRECEDENTE

Vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos en el régimen laboral privado

7. El Tribunal Constitucional estima que esta nueva situación modifica sustancialmente su competencia para conocer de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas. Sin embargo, los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N.º 976-2004-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados.

8. Respecto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado. En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitadamente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.

9. Con relación al despido nulo, si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de despido nulo conforme a los artículos 29.º y 34.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TULO del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el Tribunal Constitucional ratifica los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, en el punto referido a su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados.

10. En efecto, la libertad sindical y el derecho de sindicación reconocidos por el artículo 28.º, inciso 1 de la Constitución (Exp. N.º 0008-2005-PI/TC, fundamentos 26, 27 y 28), e interpretados conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, imponen la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, tales como condicionar el empleo de un trabajador a que no se afilie o a que deje de ser miembro de un sindicato; o despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o a su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (artículo 11.º del Convenio N.º 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, artículo 1.º del Convenio N.º 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva).

11. En la misma línea argumentativa, en el citado Exp. N.º 0008-2005-PI/TC, se dejó establecido que la libertad sindical no sólo tiene una dimensión individual, relativa a la constitución de un sindicato y a su afiliación, sino también una dimensión plural o colectiva que se manifiesta en la autonomía sindical y en su personería jurídica (Fundamento 26). Esta dimensión de la libertad sindical se justifica por cuanto el artículo 3.1. del Convenio N.º 87 de la OIT, anteriormente citado, precisa que las organizaciones de trabajadores tienen el derecho de elegir libremente a sus representantes, de organizar su administración y sus actividades y formular su programa de acción, en tanto que el artículo 1.2. del Convenio N.º 98 de la OIT, como ya se dijo, establece la protección a los trabajadores sindicalizados contra todo acto que tenga por objeto despedirlo o perjudicarlo de cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o por su participación en actividades sindicales.

12. Por tanto, debemos considerar que la libertad sindical, en su dimensión plural o colectiva, también protege la autonomía sindical, esto es, que los sindicatos funcionen libremente sin injerencias o actos externos que los afecten. Protege, asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados, así como a los dirigentes sindicales, para garantizar el desempeño de sus funciones y que cumplan con el mandato para el que fueron elegidos. Sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades, tales como el derecho de reunión sindical, el derecho a la protección de los representantes sindicales para su actuación sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y del derecho de huelga.

13. Es por ello que, a criterio del Tribunal Constitucional, la dimensión plural o colectiva de la libertad sindical garantiza no sólo la protección colectiva de los trabajadores sindicalizados (como fue reconocido por este Colegiado en el Exp. N.º 1124-2001-AA/TC, Fundamento 11), sino que también reconoce una protección especial para los dirigentes sindicales, toda vez que estos últimos, libremente elegidos, detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses. Consecuentemente, todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado.

14. Este Tribunal Constitucional, en opinión coincidente con el Tribunal Constitucional Español, estima que las garantías descritas se justifican por cuanto los sindicatos son formaciones con relevancia social que integran la sociedad democrática (STC 292/1993, fundamento 5, del 9 de noviembre de 1993), añádase, para la protección y promoción de sus intereses (artículo 8.1.a. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o “Protocolo de San Salvador”). Consiguientemente, los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos.

15. Del mismo modo, los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23º de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 literales a y d de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas).

Igualmente, el proceso de amparo será el idóneo frente al despido que se origina en la condición de impedido físico mental, a tenor de los artículos 7º y 23º de la

Constitución que les garantiza una protección especial de parte del Estado. En efecto, conforme al artículo 18° del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, sobre protección de los minusválidos, toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad.

16. Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente.

17. Por otro lado, la Ley Procesal del Trabajo, N.º 26636, prevé en su artículo 4.º la competencia por razón de la materia de las Salas Laborales y Juzgados de Trabajo. Al respecto, el artículo 4.2 de la misma ley establece que los Juzgados de Trabajo conocen, entre las materias más relevantes de las pretensiones individuales por conflictos jurídicos, las siguientes:

- a) Impugnación de despido (sin reposición).
- b) Cese de actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de hostigamiento sexual, conforme a la ley sobre la materia.
- c) Incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza.
- d) Pago de remuneraciones y beneficios económicos.

18. A su turno, el artículo 30.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, considera que constituyen actos de hostilidad:

- a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador.
- b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría.
- c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio.
- d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador.
- e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia.
- f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.
- g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.

Consecuentemente, los amparos que se refieran a la materias descritas (fundamentos 17 y 18), que por mandato de la ley son competencia de los jueces de trabajo, serán declaradas improcedentes en la vía del amparo.

19. De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (por todas Exp. N.º 2526-2003-AA), se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo. En efecto, es claro que, en este supuesto, para que se produzca certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, y pueda así sustentar su fallo en determinado sentido, necesariamente tendrá que desarrollar la actividad probatoria a través de sus diversas etapas, en particular respecto de la actuación y valoración de la prueba que, entre otras muchas, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos, documentos (libros de planillas, informes), peritajes y, especialmente, las pruebas de oficio.

20. Por tanto, aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo.

Vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos en el régimen laboral público

21. Con relación a los trabajadores sujetos al régimen laboral público, se debe considerar que el Estado es el único empleador en las diversas entidades de la Administración Pública. Por ello, el artículo 4.º literal 6) de la Ley N.º 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, dispone que las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública son impugnables a través del proceso contencioso administrativo. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares.

22. En efecto, si en virtud de la legislación laboral pública (Decreto Legislativo N.º 276, Ley N.º 24041 y regímenes especiales de servidores públicos sujetos a la carrera administrativa) y del proceso contencioso administrativo es posible la reposición,

entonces las consecuencias que se deriven de los despidos de los servidores públicos o del personal que sin tener tal condición labora para el sector público (Ley N.º 24041), deberán dilucidarse en la vía contenciosa administrativa por ser la idónea, adecuada e igualmente satisfactoria, en relación al proceso de amparo, para resolver las controversias laborales públicas.

23. Lo mismo sucederá con las pretensiones por conflictos jurídicos individuales respecto a las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública y que se derivan de derechos reconocidos por la ley, tales como nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, cuestionamientos relativos a remuneraciones, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, licencias, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplinarios, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, excedencia, reincorporaciones, rehabilitaciones, compensación por tiempo de servicios y cuestionamiento de la actuación de la administración con motivo de la Ley N.º 27803, entre otros.

24. Por tanto, conforme al artículo 5.º, inciso 2.º del Código Procesal Constitucional, las demandas de amparo que soliciten la reposición de los despidos producidos bajo el régimen de la legislación laboral pública y de las materias mencionadas en el párrafo precedente deberán ser declaradas improcedentes, puesto que la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones es la contenciosa administrativa. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental conforme a los fundamentos 10 a 15 *supra*.

25. El Tribunal Constitucional estima que, de no hacerse así, el proceso de amparo terminará sustituyendo a los procesos judiciales ordinarios como el laboral y el contencioso administrativo, con su consiguiente ineficacia, desnaturalizando así su esencia, caracterizada por su carácter urgente, extraordinario, residual y sumario.

EXP. N° 1333-2006-PA/TC
JACOBO ROMERO QUISPE

CASO

Con fecha 16 de abril de 2004, el recurrente, invocando la violación y amenaza de violación, entre otros, de sus derechos constitucionales a la dignidad, a no ser discriminado, al honor y la buena reputación, al trabajo y a la igualdad ante la ley, interpone demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), a fin de que se declaren inaplicables el Acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura, en la parte que lo declara postulante no apto para el Concurso Nacional

para cubrir vacantes de Vocales y Fiscales Supremos materia de la Convocatoria N.º 002-2003, debido a su condición de magistrado no ratificado; así como la Resolución N.º 034-2004-CNM, del 23 de enero de 2004, que declaró infundado el recurso de reconsideración que interpuso contra dicha decisión. Consecuentemente, solicita se le declare apto para el concurso público para cubrir vacantes de Fiscales Adjuntos Supremos, Vocales y Fiscales Superiores, Jueces Especializados y Mixtos, Fiscales Adjuntos Superiores, Fiscales Provinciales, Jueces de Paz Letrado y Fiscales Adjuntos Provinciales, materia de la Convocatoria N.º 001-2004-CNM, así como para las futuras convocatorias que realice el emplazado. Manifiesta que el demandado convocó a concurso público para cubrir las plazas de Vocales y Fiscales Supremos (Convocatoria N.º 002-2003-CNM), y que, habiendo cumplido todos los requisitos, postuló a la plaza de Vocal Supremo; que sin embargo, el demandado lo consideró no apto debido a que la Resolución N.º 500-2002-CNM no lo ratificó en el cargo de Juez Mixto del Cono Norte de Lima. Expresa que, interpuesto el recurso de reconsideración, éste fue desestimado mediante la Resolución N.º 034-2004-CNM, del 23 de enero de 2004, y que, conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los jueces y fiscales no ratificados sí tienen derecho a postular nuevamente a la magistratura y, por ende, de acceder a la carrera judicial; que por tanto, no existe impedimento alguno para ser considerado apto como postulante a la Convocatoria N.º 002-2003-CNM, a la Convocatoria N.º 001-2004-CNM, así como a futuras convocatorias.

El Consejo Nacional de la Magistratura contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y manifiesta que la decisión de declarar al recurrente no apto se sustenta en el inciso 2) del artículo 154º de la Constitución y en el artículo 30.º de su Ley Orgánica; que, respecto a la Convocatoria N.º 002-2003-CNM, el concurso ya concluyó y, por ende, existe una irreparabilidad del supuesto acto lesivo. Consecuentemente, alega que no ha vulnerado derecho constitucional alguno, sino que, por el contrario, ha actuado conforme a la Constitución y la ley. Aduce, además, que las decisiones del Tribunal Constitucional no pueden ser consideradas vinculantes, pues fueron emitidas por Sala, y no por el Pleno.

El Procurador Público competente contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada. Alega que de la demanda fluye que no concurren los presupuestos previstos por los artículos 2.º y 3.º de la Ley N.º 23506; que el acuerdo cuestionado no lesiona derechos fundamentales, pues se sustenta en el inciso 2) del artículo 154.º de la Constitución y en el artículo 30.º de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura; que las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional no constituyen precedente vinculante, esto es, que no existe doctrina jurisprudencial vinculante para el caso materia de litis que lo obligue a su cumplimiento, y que, en todo caso, existe sustracción de la materia, toda vez que la Convocatoria N.º 002-2003-CNM ya cumplió su finalidad.

El Vigésimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 22 de octubre de 2004, declaró improcedente la demanda, por estimar que, si bien es cierto el Tribunal Constitucional ha considerado que los magistrados no ratificados no están impedidos de postular nuevamente, sea al Poder Judicial o al Ministerio Público, también ha

exhortado a una reforma constitucional que defina mejor los contornos de la institución, lo que implica que el inciso 2) del artículo 154.º de la Constitución conserva su eficacia, por lo que tal prohibición debe mantenerse mientras no sea reformada. Con respecto a las Convocatorias materia de autos, considera que los concursos ya concluyeron, de modo que la violación se ha tornado irreparable; y, con respecto a las convocatorias futuras, estima que no se ha acreditado que la amenaza sea cierta y de inminente realización.

La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 22 de febrero de 2005, confirma la apelada por los mismos fundamentos.

PRECEDENTE

Los pronunciamientos de este Tribunal respecto de los alcances del artículo 154.2 de la Constitución Política del Perú

4. La controversia de autos, respecto de los alcances del artículo 154.º, inciso 2), de la Ley Fundamental, no es una materia nueva para este Colegiado. En efecto, en las STC N.os 1941-2002-AA/TC, 1525-2003-AA/TC, 2731-2003-AA/TC, y más recientemente, a través de la STC N.º 3361-2004-AA/TC, que estableció un nuevo precedente, el Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular.

5. Así, este Tribunal ha sostenido que podría afirmarse que la no ratificación judicial es un acto de consecuencias aún más graves que la destitución por medidas disciplinarias, ya que, a diferencia de esta última, el inciso 2) del artículo 154.º de la Constitución dispone, literalmente, que "Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público", mientras que los destituidos por medidas disciplinarias si pueden reingresar. Al respecto, la Constitución garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación por ningún motivo en el artículo 2.2º, de modo que no cabe el tratamiento discriminatorio que da a los que fueron destituidos por medida disciplinaria, para quienes no rige tal prohibición, al menos en la etapa de postulación para el reingreso a la carrera judicial.

6. La no ratificación no implica una sanción, por lo que la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a la carrera judicial es incongruente con relación a la propia naturaleza de la institución, ya que, como se ha expuesto, ésta no constituye una sanción, sino, en todo caso, una potestad en manos del Consejo Nacional de la Magistratura a efectos de verificar, justificadamente, la actuación de los magistrados en torno al ejercicio de la función jurisdiccional confiada por siete años.

7. Tal es la interpretación que se debe dar a aquella disposición constitucional ("Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público"), pues, de otra forma, se podría caer en el absurdo de que una decisión que expresa la manifestación de una potestad constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura, respecto de la forma como se ha desempeñado la función jurisdiccional, sin embargo, termina constituyendo una sanción con unos efectos incluso más agravantes que los que se puede imponer por medida disciplinaria; produciendo así

un trato desigual injustificado. Por ello, sin perjuicio de exhortar al órgano de la reforma constitucional a que sea éste el que, en ejercicio de sus labores extraordinarias, defina mejor los contornos de la institución, permitiendo hacer compatibles los derechos de los magistrados no ratificados con las funciones que cumple la ratificación, este Colegiado considera que tales magistrados no están impedidos de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público.

8. Lo expuesto en los Fundamentos 5 a 7 constituye la posición de este Colegiado respecto de los alcances del inciso 2) del artículo 154.º de la Constitución. Quiere todo ello decir, en resumidas cuentas, que si se asume que la no ratificación no representa una sanción, ello no significa, ni puede interpretarse, como que, por encontrarse en dicha situación, un magistrado no ratificado se encuentra impedido de reingresar a la carrera judicial a través de una nueva postulación. En efecto, si la no ratificación es un acto sustentado en la evaluación que, en ejercicio de su potestad constitucional ejerce la institución emplazada, mal puede concebirse que los no ratificados no puedan volver a postular a la Magistratura cuando tal prohibición no rige, incluso, para quienes sí son destituidos por medida disciplinaria. Como tal incongruencia nace de la propia Constitución, y esta norma debe interpretarse de manera que sea coherente consigo misma o con las instituciones que reconoce, *para este Tribunal queda claro que una lectura razonable del artículo 154.º inciso 2), no puede impedir en modo alguno el derecho del demandante a postular nuevamente a la Magistratura.*

9. En tal momento, conviene señalar que en la STC N.º 3361-2004-AA/TC, que estableció un nuevo precedente jurisprudencial vinculante, el Tribunal Constitucional ya se ha referido en forma, por demás extensa, a las características y parámetros a seguir, a las funciones constitucionales y a las garantías de la tutela procesal efectiva en el proceso de ratificación, así como a las consecuencias de la no ratificación. En ese sentido, no es el objetivo de este Colegiado reiterar lo que ya ha quedado dicho sino, antes bien, y en vista de los alegatos del Consejo Nacional de la Magistratura, efectuar las precisiones que a continuación se explican, y que resultan pertinentes a efectos de resolver la controversia de autos.

10. En principio, y dado que a fojas 66 de autos el Consejo Nacional de la Magistratura alega que las sentencias expedidas por este Colegiado no constituyen precedente vinculante, esto es, que no existe doctrina jurisprudencial vinculante para el caso materia de litis que la obligue a su cumplimiento (sic), cabe formular algunas precisiones previas.

11. Por un lado, en la STC N.º 3741-2004-AA/TC este Colegiado ha establecido las diferencias entre la llamada jurisprudencia constitucional, presente desde la anterior legislación sobre procesos constitucionales, y el precedente vinculante, de reciente incorporación en el ordenamiento jurídico nacional a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional. Así, las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. En efecto, conforme lo establece el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y la Primera Disposición General de la Ley N.º 28301, Orgánica de este Tribunal, los jueces y tribunales interpretan y

aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.

12. Y, por otro lado, cabe reiterar que en el Fundamento N.º 8 de la STC N.º 3361-2004-AA/TC, que estableció un precedente jurisprudencial vinculante, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, dejó claramente sentada su posición en el sentido de que “(...) los criterios establecidos por este Tribunal constituyen la interpretación vinculante en todos los casos de no ratificaciones efectuadas por el CNM con anterioridad a la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*. En dichos casos, los jueces están vinculados y deben aplicar la jurisprudencia de este Tribunal en los términos en que estuvo vigente, toda vez que, hasta antes de la fecha de publicación, la actuación del CNM tenía respaldo en la interpretación que este Colegiado había efectuado respecto de las facultades que a tal institución le correspondía en virtud del artículo 154.º, inciso 2), de la Constitución”. Asimismo, este Colegiado declaró expresamente, en la parte resolutive, que el susodicho Fundamento N.º 8 tiene fuerza vinculante.

13. Hechas las precisiones, cabe puntualizar, complementariamente a lo establecido por este Tribunal, tanto en la STC N.º 3361-2004-AA/TC, como en anteriores pronunciamientos, que la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a la carrera judicial como consecuencia de la no ratificación (interpretación literal) implicaría, además, una especie de inhabilitación al magistrado no ratificado, para siquiera postular, y mucho menos acceder, a la carrera judicial.

14. No debe perderse de vista que el proceso de ratificación de magistrados resulta ser un proceso *sui generis*, distinto a un procedimiento administrativo disciplinario, pues conforme lo establece el propio inciso 2) del artículo 154.º de la Constitución, como el artículo 30.º de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, dicho proceso es independiente de las medidas disciplinarias. Es, pues, un proceso de evaluación del desempeño de los magistrados al cabo del período de siete años, que, aunque bastante particular, reúne las características de un procedimiento administrativo, en el que se analiza su actuación y calidad de juez o fiscal, así como su conducta e idoneidad en el cargo, criterios que serán sustentados con los documentos presentados por el propio evaluado, y los recabados a petición del Consejo Nacional de la Magistratura. Luego, los fundamentos o razones que condujeron a la no ratificación deberán ser tomados en cuenta para efectos de una nueva postulación, lo cual no puede implicar una restricción, de plano, de acceso a la magistratura. Evidentemente, entiende este Tribunal, que la posibilidad de que un magistrado no ratificado pueda postular y, por ende, reingresar a la carrera judicial, será posible en la medida en que se verifique el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por ley sin que, en cualquier caso, la simple no ratificación se esgrima como único argumento para rechazar al candidato.

El precedente vinculante extraíble en el presente caso

25. Bajo tales precisiones, este Tribunal estima que, sobre la base de lo expuesto a lo largo de la presente sentencia, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos:

a. **Regla Procesal** : El Tribunal Constitucional, de acuerdo con lo establecido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, cuando se estime una demanda por violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición de la propia Constitución por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, no obstante ser manifiestamente incongruente con ella misma o con la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los magistrados no ratificados que deseen postular nuevamente a la magistratura.

b. **Regla sustancial** : El Consejo Nacional de la Magistratura debe tener presente que, el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, ha integrado el artículo 154.2°, con el numeral 2.2°, ambos de la Constitución, en el sentido que no se puede impedir en modo alguno el derecho de los magistrados no ratificados de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público, pues el hecho de no haber sido ratificado no debe ser un impedimento para reingresar a la carrera judicial.

EXP. N° 4635-2004-AA/TC SINDICATO DE TRABAJADORES TOQUEPALA Y ANEXOS

CASO

Con fecha 17 de octubre de 2003, los recurrentes interponen demanda de amparo contra la Empresa Southern Perú Copper Corporation, solicitando que se dejen sin efecto las jornadas obligatorias de doce horas diarias de trabajo durante cuatro días seguidos por tres de descanso impuestas por la demandada en sus diferentes secciones; y que, en consecuencia, se ordene la restitución de la jornada de trabajo de ocho horas diarias y la colocación, en todas las secciones o departamentos de la empresa, del cartel indicador de la jornada de trabajo de ocho horas, incluido el refrigerio de treinta minutos.

Manifiestan que desde el 10 de abril de 2000, la emplazada implantó jornadas obligatorias de doce horas diarias en sistemas de 4 x 2 y 4 x 3; que, sin embargo, mediante la cláusula 22.º de la Convención Colectiva de fecha 10 de mayo 2001 (período 2001-2007), celebrada por el recurrente y la demandada, se acordó que la jornada de trabajo ordinaria sería de ocho horas diarias, incluyéndose treinta minutos

de refrigerio; no obstante lo cual, hasta la fecha, no se ha respetado la jornada de trabajo ordinaria establecida convencionalmente. Consideran que estos hechos violan el derecho a la dignidad de la persona y de los trabajadores, a la igualdad ante la ley, al carácter irrenunciable de los derechos laborales y a la fuerza vinculante de la convención colectiva.

La emplazada deduce las excepciones de cosa juzgada, de caducidad y de representación defectuosa o insuficiente del demandante, y contesta la demanda señalando que el Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 27 de setiembre de 2002, se pronunció acerca de los sistemas de trabajo de 4 x 2 y 4 x 3, señalando que tienen sustento constitucional y legal, por lo que no infringen derecho alguno.

El Juzgado Mixto de Jorge Basadre, con fecha 9 de febrero de 2004, declaró infundadas las excepciones deducidas e improcedente la demanda, por considerar que la pretensión planteada ha sido resuelta mediante la STC N.º 1396-2001-AA/TC, recaída en el proceso que fue seguido por las mismas partes, estableciéndose que los sistemas cuestionados no son contrarios a la Constitución. por lo que la emplazada está en la facultad de modificar el número de horas, siempre que no supere el límite que establece el artículo 25.º de la Constitución.

La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna, con fecha 21 de octubre de 2004, confirmó la apelada, por estimar que el proceso de amparo no es la vía idónea para solicitar el cumplimiento del horario de trabajo pactado en el convenio colectivo, correspondiendo a los jueces laborales la solución de este tipo de controversias.

PRECEDENTE

III.- Análisis del caso concreto y precedente vinculante

28. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que, en el caso particular de los trabajadores mineros, la jornada razonable de trabajo no puede ser mayor de ocho horas diarias y debe considerar una jornada semanal razonable, atendiendo a las específicas condiciones laborales de los trabajadores mineros, que han sido descritas a lo largo de la presente sentencia; y que, en este caso concreto, se caracterizan por un despliegue mayor de fuerza física, esto es, doce horas durante 4 días seguidos y en algunos casos hasta 5 días, en un contexto de alto riesgo para su salud, de trabajo físico a más de 3,500 m.s.n.m., de alimentación deficiente y mayor exposición a los polvos minerales, con el consiguiente deterioro de la esperanza de vida.

29. Tratándose de jornadas atípicas, en cualquier tipo de actividades laborales, no pueden superar el promedio de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana, ya sea que se trate de un período de tres semanas, o de un período más corto, como lo dispone la Constitución y el Convenio N.º 1 de la OIT. Considerando que el artículo 25º de la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho horas semanales, ésta prevalecerá sobre cualquier disposición internacional o interna que imponga una jornada semanal mayor, puesto que se trata de una norma más protectora.

35. Un sistema de turnos de trabajo como el implementado por la demandada no es compatible con el parámetro constitucional descrito, puesto que afecta la dignidad de las personas, principio-derecho que reconoce el artículo 1.º de la Constitución, y constituye, en el mediano plazo, una acelerada disminución de la esperanza de vida y una amenaza del derecho a la vida de los trabajadores mineros. Esto se torna especialmente incompatible con la obligación constitucional de todos – Estado, Empresas y personas- de defender y promover el derecho fundamental a la vida, reconocido en el artículo 2.º inciso 1.º de la Constitución¹⁵. Adicionalmente, la jornada laboral cuestionada tampoco es compatible con el derecho a la protección del medio familiar.

39. Con relación al convenio colectivo, es pacífico, y así se ha sostenido en el Exp. N.º 0008-2005-PI/TC, fundamento 31, que éste prevalece sobre el contrato individual de trabajo cuando el convenio es más favorable al trabajador. Debe tenerse presente que cuando la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos fijan un estándar mínimo (por ejemplo, el derecho a la jornada de ocho horas y el derecho a una jornada razonable de trabajo), entonces los convenios colectivos y los contratos de trabajo no pueden contradecir dicho estándar mínimo, bajo sanción de nulidad por contravenir derechos fundamentales. Consiguientemente, la presente sentencia tiene plenos efectos incluso en los supuestos en que los afiliados al sindicato recurrente hubiesen pactado individualmente una jornada diaria mayor a las ocho horas.

41. Esas variaciones no pueden convertirse en la regla del trabajo minero, como ocurre en el presente caso, en que un sistema excepcional se ha convertido en la regla durante más de cinco años, imponiendo a los trabajadores mineros jornadas de 12 horas diarias que reducen ostensiblemente su expectativa de vida y afectan su derecho al descanso diario, vulnerando de esta manera el carácter irrenunciable de los derechos, precepto basilar reconocido por la Constitución. En tal sentido, los artículos 209.º, 210.º, 211.º y 212.º del Decreto Supremo N.º 003-94-EM (Reglamento de Diversos Títulos del TUO de la Ley General de Minería), que permiten instaurar la modalidad de trabajo acumulativo y fijan obligatoriamente como mínimo 4 días para este tipo de jornada laboral, también resultan incompatibles con el parámetro constitucional descrito en la presente sentencia.

15 Respecto del Derecho a la vida la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado “... El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna...”. Caso Villagrán Morales y otros (niños de la Calle) contra Guatemala, sentencia de fondo, fundamento 144.

EXP. N° 4650-2007-PA/TC
COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO DE SUB-OFICIALES DE LA
POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ “SANTA ROSA DE LIMA LTDA.”

CASO

Con fecha 30 de diciembre de 2004 la recurrente interpone demanda de amparo contra los vocales integrantes de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, señores Rivera Quispe, Gómez Carvajal y Ugarte Mauny, así como contra la favorecida en dicho proceso, doña Rosa Sihuay Mueras de Gutarra, solicitando se declare nula y sin efecto legal la resolución de la referida Sala, de fecha 23 de septiembre de 2004, emitida en el trámite del expediente N.º 762-04, la misma que confirmando la apelada estimó la demanda de amparo de doña Rosa Sihuay Mueras de Gutarra contra la Cooperativa de Ahorro y Crédito “Santa Rosa de Lima”. Aduce la vulneración de sus derechos constitucionales al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

Según refiere, en el trámite del proceso constitucional de amparo las instancias judiciales, al estimar la demanda, no habrían reparado que la beneficiaria de dicha resolución, “a sólo 12 días de haber interpuesto la referida acción de amparo”, habría acudido también a la vía ordinaria solicitando el reintegro de sus beneficios laborales, lo que desde su punto de vista, convertiría en improcedente el referido proceso de amparo, por lo que al haber sido favorablemente estimada la demanda, las instancias judiciales habrían violado el debido proceso.

Admitida a trámite la demanda y corrido traslado de ella, a fojas 57 la Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial se apersona y contesta la demanda solicitando que sea declarada en su oportunidad improcedente o infundada, ordenándose el pago de costas y costos procesales por parte de la demandante en el presente proceso. Manifiesta que al tratarse de una demanda de amparo contra un anterior proceso de amparo, la actual regulación procesal la proscribire, al establecer el artículo 5.6 del Código Procesal Constitucional la improcedencia de la demanda de amparo “cuando se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional”.

Por su parte, a fojas 67 doña Rosa Sihuay de Gutarra contesta la demanda, solicitando que sea declarada infundada. Según refiere, en el trámite del proceso de amparo en el que las instancias judiciales determinaron con toda claridad la responsabilidad de la referida Cooperativa en la violación de sus derechos fundamentales, ésta tuvo ocasión de utilizar todos los medios de defensa, consintiendo la sentencia estimatoria al no presentar el respectivo recurso de queja ante la denegatoria de su recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional. Agrega que el presente proceso tendría como único propósito, “dilatarse mi reincorporación a mi centro laboral, en vía de ejecución de sentencia”, por lo que solicita que al momento de declararse infundada la demanda se condene a la recurrente al pago de costas y costos conforme a Ley.

Con fecha 17 de marzo de 2006 la Sexta Sala Civil de Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda por considerar que en el presente caso resulta de aplicación el artículo 5.6 del CPConst., conforme al cual no proceden los procesos constitucionales contra lo resuelto en otro proceso constitucional.

La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 9 de mayo de 2007, confirmó la apelada, argumentando que en el presente caso los órganos judiciales han actuado en el marco de sus prerrogativas y que el proceso de amparo no puede ser utilizado como una instancia adicional donde se pueda revisar el criterio jurisdiccional con que se ha dado respuesta a las demandas judiciales.

PRECEDENTE

5. En este sentido y conforme a los apremios previstos en el Código Procesal Constitucional, el Juez que recibe el segundo amparo deberá verificar, antes de admitir a trámite la demanda, si el empleador ha dado cumplimiento a la sentencia que ordena la reposición, de modo que el segundo proceso no pueda significar en ningún caso una prolongación de la afectación de los derechos del trabajador. Si el Juez constatará que al momento de presentarse la demanda en un segundo proceso de amparo, el empleador no ha cumplido con lo ordenado en el primer amparo, la demanda será declarada liminarmente improcedente, dictándose de inmediato los apremios del artículo 22° y 59° del Código Procesal Constitucional.

Admitida a trámite la demanda del segundo amparo, si ésta resultara infundada, la instancia judicial correspondiente, o en su caso el Tribunal Constitucional, impondrán una multa por temeridad procesal al recurrente, conforme lo prevé el artículo 56° del Código Procesal Constitucional.

<p style="text-align: center;">EXP. N° 3052-2009-PA/TC YOLANDA LARA GARAY</p>

CASO

Con fecha 29 de enero del 2007 Jacqueline María Acosta Ramos, Yolanda Lara Garay, Clara Cecilia Tica Rojas y Rosario del Carmen Carrión Zavala, interponen demanda de amparo solicitando que se deje sin efecto la carta de despido de fecha 5 de enero del 2007 y que en consecuencia se ordene que se les reincorpore en sus puestos de trabajo, por haber sido objeto de un despido incausado. Sostienen, que son trabajadoras del Gobierno Regional del Callao; que se han desempeñado, la primera como Abogado II en la Gerencia de Asesoría Jurídica, la segunda como Abogada II de la Gerencia de Asesoría Jurídica, la tercera como Técnico Administrativo II en la oficina de áreas protegidas y Gestión del Medio Ambiente de la Gerencia Regional de Recursos Naturales y Gestión del Medio Ambiente y la cuarta como Secretaria II en la Procuraduría Pública Regional; que han venido suscribiendo contratos a plazo fijo

denominado de servicio específico, el mismo que de acuerdo a la Resolución Ejecutiva Regional N° 109-2006-Gobierno Regional del Callao-PR de fecha 01 de junio de 2006 se dispuso la adecuación paulatina de los contratos por servicios específicos sujetos a modalidad a la condición de contratos a tiempo indeterminado, del personal auxiliar, técnico y profesional en los niveles, categorías y plazas del cuadro para la asignación de personal-CAP; que han prestado servicio dentro de la entidad pública, pero sometidos al régimen laboral de la actividad privada, por lo que el despido sin causa vulnera el derecho constitucional al trabajo.

La emplazada contesta la demanda, sosteniendo que la demanda es improcedente por cuanto existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional que se considera vulnerado, toda vez que las demandantes han sido ex servidoras públicas del Gobierno Regional del Callao, cuyos contratos fueron finalizados por Resolución Ejecutiva Regional N° 109-2006-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO/PR declarada nula por Resolución Ejecutiva Regional N° 039-2006-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO/PR., por lo que de tener motivos para cuestionar tales actos administrativos están en su derecho de recurrir al proceso contencioso administrativo.

El Cuarto Juzgado Civil del Callao, con fecha 14 de agosto de 2007, declara fundada la demanda considerando que las labores realizadas por las demandantes son de carácter permanente.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, con fecha 1 de diciembre del 2008, revocó la apelada y declaró improcedente la demanda por estimar que las demandantes consintieron la ruptura de su vínculo laboral al haber efectuado el cobro de sus beneficios sociales.

PRECEDENTE

36. Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y teniendo en cuenta que los distintos operadores jurisdiccionales han venido aplicando el criterio jurisprudencial señalado por este Colegiado en anterior jurisprudencia respecto a la declaratoria de improcedencia del amparo cuando el trabajador cobraba sus beneficios sociales o su compensación por tiempo de servicios, este Tribunal debe pasar a definir el cambio de criterio desarrollado en esta sentencia como precedente vinculante, a efectos de generar predictibilidad en los operadores jurídicos. Así, las reglas en materia de procedencia del amparo restitutorio del trabajo, son las siguientes:

- a. El cobro de los beneficios sociales (compensación por tiempo de servicios, vacaciones trunca, gratificaciones trunca, utilidades u otro concepto remunerativo) por parte del trabajador, no supone el consentimiento del despido arbitrario y, por ende, no debe considerarse como causal de improcedencia del amparo.
- b. El cobro de la indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin “incentivos” supone la aceptación de la forma de protección alternativa

brindada por ley, por lo que debe considerarse como causal de improcedencia del amparo.

c. El pago pendiente de la compensación por tiempo de servicios u otros conceptos remunerativos adeudos al trabajador debe efectuarse de modo independiente y diferenciado al pago de la indemnización por despido arbitrario, esto es, el empleador deberá realizar dichos pagos en cuentas separadas o a través de consignaciones en procesos judiciales independientes, bajo su responsabilidad.

Los efectos de estas reglas se aplican a los procesos que a la fecha de publicación en la página web de esta sentencia se encuentran en trámite, tanto en el Poder Judicial, como en el Tribunal Constitucional y a aquellos que se interpongan en adelante.

c. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA POSTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 3169-2006-PA/TC
PABLO CAYO MENDOZA

CASO

Con fecha 4 de junio de 2004 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Alcalde, el Jefe de Personal y el Director de Servicios Comunes de la Municipalidad Distrital de Chorrillos solicitando que se declare inaplicable la Carta N.º 034-UPER-MDCH, de fecha 17 de mayo de 2004, mediante la cual se le comunicó la imputación de la falta grave prevista en el inciso e) del artículo 25.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR y se le concedió el plazo de 6 días para que efectúe su descargo. Alega que con la carta cuestionada se ha afectado el principio de legalidad porque no ha cometido la falta grave imputada, pues el día 9 de mayo de 2004 no concurrió a laborar en estado de ebriedad, y sus derechos al debido proceso y a la libertad sindical debido a que el informe en que se sustenta la carta cuestionada no le ha sido puesto en su conocimiento para que pudiera ejercer su derecho de defensa y también porque la carta cuestionada es una represalia por su afiliación al Sindicato de Trabajadores Municipales de Chorrillos.

Los emplazados separadamente contestan la demanda y en forma coincidente manifiestan que el demandante fue despedido el día 4 de junio de 2004 por haber incurrido en la comisión de la falta grave prevista en el inciso e) del artículo 25.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, toda vez que el día 9 de mayo de 2004 concurrió a laborar con síntomas de encontrarse en estado de ebriedad, lo cual quedó corroborado ante su negativa de que se le efectúe el dosaje etílico ante la Comisaría de Chorrillos de la Policía Nacional del Perú. Asimismo señalan que el despido del demandante no ha sido una represalia por su condición de afiliado al Sindicato de Trabajadores Municipales de Chorrillos.

El Quincuagésimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima con fecha 30 de junio de 2004, declara infundada la demanda por considerar que la pretensión del demandante debe ser dilucidada en la vía ordinaria y no a través del proceso de amparo, pues se requiere la actuación de medios probatorios para determinar si el demandante cometió o no la falta grave que se le imputa.

La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 25 de julio de 2005, confirma la apelada por estimar que el demandante al haberse negado a pasar el dosaje etílico ante la Comisaría de Chorrillos no pudo demostrar que no haya concurrido a trabajar en estado de embriaguez, por lo que su conducta se encuentra comprendida en la falta grave prevista en el inciso e) del artículo 25.º del Decreto

Supremo N.º 003-97-TR; y porque en autos no se encuentra probado que su despido haya sido como consecuencia de su afiliación al Sindicato de Trabajadores Municipales de Chorrillos.

FUNDAMENTOS

§ La afectación del principio de legalidad y el derecho al debido proceso

6. A tal efecto es preciso tener presente, como ha puesto de manifiesto este Tribunal a partir de la STC 0010-2002-AI/TC, que el principio de legalidad exige que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones.

Ahora bien, en el ámbito disciplinario laboral, el principio de legalidad se manifiesta o concretiza mediante el subprincipio de tipicidad o taxatividad, que impone que las conductas prohibidas (entiéndase faltas laborales) que conllevan sanciones de índole laboral estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier trabajador de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo, bajo amenaza de imponerse alguna sanción disciplinaria prevista por la ley.

7. Al respecto debe señalarse que de la lectura de las Cartas N.º 034-UPER-MDCH y 039-UPER-MDCH se desprende que la conducta imputada al demandante como falta grave se encontraría tipificada en el inciso e) del artículo 25.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR y en el artículo 87º del Reglamento Interno de Trabajo del Personal Obrero de la Municipalidad de Chorrillos.

En ese sentido, para determinar si la sanción impuesta ha vulnerado el principio de legalidad y en particular el subprincipio de taxatividad, corresponde a este Tribunal analizar si las antes citadas disposiciones normativas resultan genéricas, indeterminadas e imprecisas.

8. Para ello es preciso señalar que el inciso e) del artículo 25.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR considera como falta grave “La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad. La autoridad policial prestará su concurso para coadyuvar en la verificación de tales hechos; la negativa del trabajador a someterse a la prueba correspondiente se considerará como reconocimiento de dicho estado, lo que se hará constar en el atestado policial respectivo”.

Por su parte el artículo 87º del Reglamento Interno de Trabajo del Personal Obrero de la Municipalidad de Chorrillos, obrante de fojas 92 a 109, establece que constituyen faltas laborales, entre otras, el “presentarse a sus labores en estado de embriaguez o bajo efectos de narcóticos”.

9. Analizadas las citadas normas se debe concluir que en el presente caso no se ha vulnerado el principio de legalidad, pues la falta imputada al demandante se encuentra previamente determinada en la ley (lex scripta), la cual es anterior al hecho

sancionado (*lex praevia*), y describe un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*). Asimismo este Tribunal considera que las dos disposiciones citadas definen de manera precisa y cierta la conducta que se considera como falta laboral, razón por la que tampoco se vulnera el subprincipio de tipicidad o taxatividad.

10. Por otro lado, de la lectura del inciso e) del artículo 25.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR se desprende que esta norma, respecto al estado de embriaguez o toxicomanía en que puede incurrir el trabajador, refiere que se comete falta grave, en primer lugar, cuando el trabajador asiste a su centro de trabajo a realizar sus labores reiteradamente en estado de embriaguez o bajo el influjo de drogas o sustancias estupefacientes; y en segundo lugar, cuando por la naturaleza de la función o del trabajo que realiza el trabajador tal hecho revista excepcional gravedad.

11. De la Carta N.º 034-UPER-MDCH se desprende que la falta grave imputada al demandante consistiría en que el día 9 de mayo de 2004 habría asistido a su centro de trabajo a laborar con evidentes síntomas de ebriedad, lo cual a criterio de la municipalidad quedó corroborado con la negativa del trabajador a someterse al dosaje etílico ante la Comisaría de Chorrillos.

12. Sobre el particular debe tenerse presente que el demandante en su carta de descargo ha reconocido que el día 8 de mayo de 2004 ingirió bebidas alcohólicas y que el día siguiente, esto es el 9 de mayo del citado año, asistió a trabajar con aliento alcohólico, más no en estado de ebriedad. En este sentido, en su referida comunicación señala textualmente que “habiendo concurrido al sepelio de la madre de mi compadre espiritual, el día sábado 08.05.04; y bebido en forma moderada, evidentemente, al día siguiente podía sentirse el aliento alcohólico” y que el día 9 de mayo de 2004 cuando se “presentó la Sra. Janet Díaz, [él se acercó] para saludarla por el día de la madre; momento en el cual me habría sentido el aliento alcohólico”.

13. En el presente caso resulta relevante tener en cuenta que el demandante ha reconocido que se negó a someterse al dosaje etílico ante la Comisaría de Chorrillos, porque consideraba que era evidente que no se encontraba en estado de ebriedad. Por ello, en aplicación del inciso e) del artículo 25.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR dicha negativa del demandante a someterse al dosaje etílico debe reputarse como reconocimiento del estado de ebriedad.

14. No obstante lo señalado en el fundamento anterior, este Tribunal considera que el despido del demandante viola el derecho constitucional al debido proceso sustantivo debido a que la Municipalidad emplazada al momento de imponerle la sanción lo hizo en contravención de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, toda vez que no tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 83º de su propio Reglamento Interno de Trabajo, el que señala que las sanciones disciplinarias de amonestación verbal o escrita, suspensión en sus labores o despido, se aplicarán en función de la gravedad de la falta cometida, la categoría, la antigüedad y los antecedentes disciplinarios del trabajador.

15. Por ello este Tribunal considera que la sanción impuesta al demandante resulta desproporcionada e irrazonable, pues si bien conforme se ha señalado en fundamento que precede al demandante se le puede reputar que ha incurrido en la falta grave que

se le imputa, no es menos cierto que en ningún momento ha incurrido en algún acto de violencia, injuria o faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, del personal jerárquico o de otros trabajadores, ni ha ocasionado daño alguno al patrimonio ni al acervo documentario de la Municipalidad emplazada. Siendo así y teniéndose en cuenta que la Municipalidad, en la fundamentación de las cartas cuestionadas y durante el curso del proceso de amparo, no ha argumentado que el demandante tenga antecedentes disciplinarios, se debe concluir que la sanción impuesta (despido) no fue la más adecuada e idónea, pues la emplazada podía haberle impuesto cualquiera de las otras sanciones disciplinarias ya citadas anteriormente.

EXP. N° 0002-2010-PI/TC INCONSTITUCIONALIDAD DEL CAS

CASO

Con fecha 8 de enero de 2010, los recurrentes interponen demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1057, Ley que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios – CAS, impugnando sus artículos 1º, 2º, 3º, 5, 6.1º y 6.2º, así como su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 075-2008-PCM, por considerar que dicho dispositivo vulnera los siguientes artículos de la Constitución: 2.2º (derecho a la igualdad ante la ley, 104º (delegación de facultades); 25º (jornada ordinaria de trabajo), 23º tercer y cuarto párrafo (el Estado y el Trabajo), 24º (derechos laborales del trabajador), 26.1º (principio de igualdad de oportunidades sin discriminación), 27º (protección del trabajador frente al despido arbitrario), 42º (derecho de sindicación de los trabajadores públicos) y 103º cuarto párrafo (prohibición de abuso de derecho).

Los fundamentos de la demanda, alegando la inconstitucionalidad formal de la norma impugnada, son los siguientes:

- El Decreto Legislativo N.º 1057 fue expedido por el Poder Ejecutivo al amparo de facultades delegadas otorgadas por el Congreso de la República mediante Ley N.º 29157, que delega facultades de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento. En el artículo 2º de la Ley autoritativa se detallaban las materias específicas respecto de las que se delegaban facultades, mientras que en el artículo 2.2º, a criterio de la parte demandante, se apuntaba a evitar excesos de legislativos por parte del Poder Ejecutivo, de manera que los decretos legislativos que se expidan guarden coherencia y consecuencia con cada uno de los compromisos expresamente fijados en el acuerdo comercial y sirvan para mejorar la competitividad económica del país, de manera que el Poder Ejecutivo estaba prohibido de regular un tema que no formara parte de los compromisos asumidos por el TLC. Ello además es concordante con lo expuesto en el artículo 104º de la Constitución que en su primer párrafo dispone la posibilidad de delegar facultades legislativas al Poder

Ejecutivo, siempre que sea sobre materia específica, siendo evidente que la legislación que exceda la materia, devendrá en inconstitucional. En ese sentido se cita el fundamento 25 de la sentencia recaída en el Exp. N.º 0047-2004-PI/TC, expedida por el Tribunal Constitucional.

- Respecto a si lo regulado por el Decreto Legislativo N.º 1057 se circunscribe a los parámetros de la materia delegada en el artículo 2.1º de la Ley N.º 29157, la parte demandante cuestiona si el Contrato Administrativo de Servicios se introduce en la materia de modernización del Estado, prevista en el artículo 2.1.b) de la Ley N.º 29157.

La Ley N.º 27658 – Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, describe este concepto como el desarrollo de una correcta y eficiente administración pública estatal y en su artículo 5º detalla las principales acciones en las que se sustenta el proceso de modernización de la gestión del Estado. Sin embargo, no establece la necesidad de crear un sistema de contratación administrativa o de contratación laboral; en ese sentido, la ley precisa que el proceso de modernización del Estado se sustenta en:

- Priorizar la labor de desarrollo social.
- La concertación entre la sociedad civil y fuerzas políticas.
- La descentralización del Gobierno.
- La mayor eficiencia en la utilización de recursos del Estado.
- Revalorizar de la carrera pública (con énfasis en la ética pública).
- Institucionalizar la evaluación de gestión por resultados.
- Regularizar de las relaciones sectoriales.

De otro lado, citando a la consultora Pierina Polarrollo Giglio quien elaboró el documento Modernización del Estado¹, se señala que no se ha considerado que un sistema de contratación administrativo de servicios en la administración pública, forme parte del proceso de modernización del Estado, dado que únicamente se consideran los siguientes lineamientos:

- Mayor transparencia en la rendición de cuentas.
- Simplificación de trámites administrativos y trabas burocráticas.
- Mejoramiento de la organización y funcionamiento del Estado.
- Profesionalización de la administración pública.
- Descentralización adecuada del Estado.

¹ En la demanda se refiere que fue publicado en la página web de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas – CONFIEP.

Por ello, la modernización del Estado no tiene que ver con un nuevo sistema de contratación y menos con un sistema de contratación administrativa no laboral, que lo único que va a generar es mayor carga de servidores públicos sin línea de carrera y sin derechos laborales, desnaturalizándose los objetivos de la modernización estatal, que son los de eliminar la burocracia y optimizar su eficiencia.

· En relación a si el CAS forma parte del TLC, precisan que los compromisos adoptados en materia laboral (Capítulo 17 del TLC) están referidos a proteger y reforzar el sistema laboral bajo el que se encuentran los trabajadores de los agentes económicos de nuestro país (privados), quienes serán los únicos que van a comerciar con EEUU, pero no hay obligación del Estado en introducir una reforma del sistema de contratación de personal en la administración pública.

En el precitado capítulo el Estado Peruano se compromete a mantener en sus leyes y reglamentos el respeto a los derechos fundamentales de asociación, negociación colectiva y eliminación de discriminación entre empleo y ocupación; sin embargo, se ha expedido la norma que crea el CAS como un régimen laboral, por el que se impide al servidor CAS la posibilidad de asociarse a un sindicato, lo que también le imposibilita para iniciar una negociación colectiva, promoviendo una situación de discriminación respecto de los servidores de este régimen o de los del régimen laboral público, así como con los del régimen laboral privado.

Por ello concluye manifestando que el CAS no forma parte de los compromisos asumidos por el Estado en el TLC con Estados Unidos, por lo que la norma impugnada es inconstitucional por exceder las facultades delegadas.

· Finalmente, en relación a si el CAS genera mayor competitividad del Estado, la parte demandante se remite al Plan Nacional de Competitividad elaborado por Consejo Nacional de Competitividad², en el que se establecen las políticas de gobierno y medidas que deben adoptarse en el corto y mediano plazo para proveer competitividad económica a nuestro país; entre ellas se establecen:

- Priorizar la labor de desarrollo social.
- Innovación tecnológica.
- Educación.
- Fortalecimiento institucional (reglas claras y estabilidad jurídica).
- Política económica, mercados financieros y de capitales.
- Infraestructura.
- Medio ambiente.

El gobierno en su diseño de estrategias para su plan de competitividad no tiene una medida como la de mejorar o reformar su sistema de contratación laboral estatal o el

2 Se cita la página web: www.perucompite.gob.pe

ingreso a la administración pública; y menos aún introducir un novísimo sistema como el CAS, pues el régimen económico no va a generar o coadyuvar mayor competitividad económica al Estado, pues el concepto está referido básicamente a la relación Estado – agentes económicos privados y no a la relación Estado – sector público.

Los fundamentos de la demanda, alegando la inconstitucionalidad material de la norma impugnada, son los siguientes:

- Aplicando el test de igualdad para establecer si se ha vulnerado el derecho principio de igualdad previsto en el artículo 2.º de la Constitución, para verificar si el régimen de CAS es razonable y necesario, llega a la siguiente conclusión:
- Sub examen de idoneidad: No resulta razonable que existiendo dos regímenes laborales para el ingreso y acceso a la administración pública, como los contenidos en los Decretos Legislativos N.º 276 y N.º 728, se introduzca un tercer régimen, sin los mismos derechos que ofrecen los anteriores y promueva expresamente su carácter no laboral pese a obligar a trabajar 8 horas diarias, a cambio de una contraprestación económica y 15 días de vacaciones, mientras que un servidor del régimen laboral público o privado que efectúa el mismo trabajo y con el mismo horario va a recibir una remuneración completa, 30 días de vacaciones y una compensación por tiempo de servicios, lo que demuestra la inidoneidad de la norma impugnada.
- Sub examen de necesidad: El acceso a la administración pública estaba regulado en el artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 276, norma que ha sido refrendada por la Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público, así como en el artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 1057; por ello, no se entiende cuál era la necesidad de crear un nuevo sistema de ingreso a la administración pública, si ya existía un sistema alternativo claro y definido. Asimismo, a las entidades públicas de derecho privado se les permite el uso del régimen de contratación laboral de la actividad privada previsto en el Decreto Legislativo N.º 728, el que permite el ingreso de servidores públicos al Estado con no menos derechos laborales, por lo que no es necesario aplicar el CAS en dichas entidades.
- Sub examen de proporcionalidad: El Decreto Legislativo N.º 1057 no tiene justificación legal o fáctica, sino, tal vez, económica, por lo que su expedición era innecesaria por existir vías alternas de contratación de personal para el sector público (Decretos Legislativos N.º 276 y N.º 728); por ello debía promoverse estos caminos y no crear uno nuevo con el propósito de desmejorar el acceso al empleo público y evitar el pago de derechos laborales para hacer caja. La situación de desigualdad que genera y promueve alienta el tratamiento laboral discriminatorio en una entidad del Estado y por tanto vulnera del principio-derecho de igualdad ante la Ley.
- Sobre la inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º del Decreto Legislativo N.º 1057, ambos artículos introducen un régimen administrativo carente de derechos laborales, por encima incluso de los regímenes existentes, lo que vulnera el artículo 22º de la Constitución. Se crea así un régimen de contratación

administrativa de servicios, carente de derechos laborales, el que conviviría con otro que sí provee derechos mínimos, lo que genera una situación de desigualdad dentro del mismo centro de trabajo. Además existe contradicción entre el artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 1057 con los demás artículos del mismo, cuando se establece que la finalidad de la norma es garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo, mientras que el resto del decreto legislativo solo prohíbe cualquier posibilidad de que este régimen sea confundido con los otros dos existentes; por ello, también es contradictorio lo expuesto en los artículos 5º y 6, respecto al carácter temporal y determinado pero renovable ilimitadamente, sin recibir una remuneración, sino una retribución económica o contraprestación no laboral.

- Se cuestiona la constitucionalidad del artículo 3º porque desde que se impone la obligación de trabajar 48 horas a la semana, dentro de la sede, se ha reducido el contenido esencial del derecho al trabajo, a través de una legislación para peor en materia laboral, desprovista de justificación legal. Esta modalidad abusa de la necesidad de trabajo para proveerse de servidores en situación de desigualdad que no podrán hacer carrera, los que además están expuesto a la arbitraria decisión del empleador para ser despedidos, generando una situación de permanente inestabilidad.

Si se pretendía introducir el CAS como una modalidad de empleo productivo, se ha fallado en el intento, pues dicho término significa un empleo provisto de beneficios laborales y de seguridad social. El CAS no provee casi ningún beneficio laboral, salvo las vacaciones de 15 días, por lo que no constituye una forma de empleo productivo.

El artículo 3º precitado también contraviene el tercer párrafo del artículo 23º de la Constitución, pues termina de consumir la desprotección de derechos constitucionales básicos como a la sindicación y negociación colectiva, así como a la protección adecuada contra el despido, pues en el Decreto Legislativo N.º 1057 no se ha contemplado el ejercicio de estos derechos, lo que rebaja la dignidad de los trabajadores. Respecto a la sindicación también se expone que se ha contravenido el artículo 42º de la Constitución, que reconoce tanto este derecho como el de huelga.

También se detalla que la norma en comentario contraviene el TLC, dado que el Estado se comprometió a respetar los derechos fundamentales de asociación, de negociación colectiva y de eliminación de la discriminación entre empleo y ocupación; de otro lado, el Decreto Legislativo N.º 1057 introduce una incuestionable desigualdad en el sector público, al crear el CAS, el que no puede competir con los regímenes laborales existentes, lo que contraviene el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, como lo establece el artículo 26.1º de la Constitución.

Como prueba de la desigualdad que genera el CAS, es que frente a una misma labor realizadas por dos servidores públicos, uno de ellos perteneciente al CAS y el otro a cualquier otro régimen laboral, el Estado les retribuirá de manera distinta, a uno le pagará gratificaciones y CTS completas, mientras que al servidor del CAS no, además que no podrá hacer carrera pública y no tendrá protección frente al despido.

- Precisa que el artículo 5º es inconstitucional pues no establece un límite temporal para la vigencia del CAS, permitiendo su vigencia indefinida, sin que en algún momento pueda gozar de algún beneficio laboral adicional o derecho constitucional, sin la posibilidad de pasar a planilla laboral e igualar a su compañero de trabajo que sí goza de tales derechos.

Esto es considerado grave porque los regímenes laboral público y privado regulan periodos temporales de ingreso, siempre limitados (3 y 5 años, respectivamente) pero siempre sujetos a vínculo laboral; en el régimen público un servidor contratado solo podrá ser renovado por un plazo máximo de 3 años, en cuyo caso pasa a ser nombrado, mientras que en el régimen laboral privado ello ocurre cuando transcurren 5 años, convirtiéndose el contrato en uno a plazo indeterminado. Ello no se aprecia en el CAS, situación que genera un abuso de derecho no amparado por la Constitución – artículo 103º– dado que deben respetarse los derechos fundamentales y su acceso a ellos debe ser progresivo, por lo que resulta incomprensible que el Poder Ejecutivo imponga una norma que establezca una situación permanente e ilimitada, ausente de derechos básicos. Lo expuesto también importa la afectación del artículo 23º tercer párrafo de la Constitución.

- En relación al cuestionamiento de los artículos 6.1º y 6.2º, estos dispositivos repiten la jornada ordinaria de trabajo (8 horas) y el descanso semanal (24 horas), elementos constituyentes del contrato de trabajo y de toda relación laboral; sin embargo, los demás artículos insisten en reiterar el carácter no laboral del régimen CAS.
- Se expone que el Decreto Legislativo es inconstitucional, así como su reglamento, porque no contiene ninguna precisión en relación a la extinción del contrato administrativo; por su parte el reglamento solo configura la posibilidad de que el trabajador puede ser despedido por decisión unilateral e injustificada sin la posibilidad de que reciba algún beneficio económico que repare esta decisión, por lo que deberá recurrir ante del Poder Judicial para que se ordene el pago de los meses dejados de percibir hasta un máximo de dos meses, con lo que dicho reglamento resulta más draconiano que la propia ley. Todo ello constituye una afectación del artículo 27º de la Constitución.
- Sustenta también la ilegalidad del CAS en la función médica, dado que existen leyes especiales para los profesionales de la salud, como el Decreto Legislativo N.º 559 (Ley de Trabajo Médico), Ley N.º 27878 (Ley del Trabajo del Cirujano Dentista) y la Ley N.º 28173 (Ley del Trabajo del Químico Farmacéutico, que exigen que el ingreso a la carrera pública solo se haga a través del nombramiento (Decreto Legislativo N.º 276) o con contrato a plazo indeterminado (Decreto Legislativo N.º 728).
- En caso que el Tribunal Constitucional opte por mantener la vigencia del Decreto Legislativo N.º 1057, incluso como un régimen temporal, ello va a generar acciones ante el Poder Judicial para el reconocimiento de los beneficios laborales que correspondan al principal régimen de contratación que predomine en la

entidad estatal, sustentados en el principio de primacía de la realidad, como ha ocurrido en el caso de los servicios no personales.

- Por ello el Tribunal Constitucional debe emitir una sentencia interpretativa estimatoria, en la que se disponga la inconstitucionalidad de los contratos CAS, pero al mismo tiempo la permanencia temporal de dichos puestos de trabajo en la perspectiva de un pase progresivo de estos trabajadores a la planilla regular de la entidad estatal, según corresponda. Resulta pues necesario que se expida una sentencia aditiva para efectos de introducir en la ley impugnada una disposición interpretativa que regule una adecuada protección frente al despido del trabajador.

Con fecha 10 de junio de 2010, la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Justicia se apersona al proceso y contesta la demanda, solicitando que sea declarada infundada, por los siguientes fundamentos:

- La ley autoritativa necesariamente debe contener dos aspectos; las materias específicas que definen el marco de facultades legislativas otorgadas; y el plazo en que se puede ejercer la delegación concedida. También es evidente que la norma autoritativa jamás contiene disposiciones genéricas, sino reglas precisas, detalladas y exactas con relación a la materia objeto de delegación.

Se trata de normas temporales que cuenta con un periodo de vigencia determinado.

- Las actividades delegadas difícilmente podían estar circunscritas única y exclusivamente a la materia comercial, toda vez que se pretendía una delegación normativa para establecer reformas estructurales de manera célere y técnica, sobre todo en aquellos casos en los que la referida modificación estructural supondría una asunción más intensa de competencias o funciones públicas. En ese contexto, algunas de las materias delegadas tienen la característica de una imperativa reforma estructural, la que debido a que no está vinculada a la materia en forma directa (comercial), sino al órgano, debe ser integral, siendo algunas de ellas la facilitación del comercio y la mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa y modernización del Estado.
- No es factible que una reforma y modernización del Estado se circunscriba y limite solo al ejercicio de competencias vinculadas a la inversión privada, pues el perfeccionamiento institucional del Estado no debe ser visto únicamente desde una óptica de la entidad, dado que el Estado no es un fin en sí mismo, sino un medio para lograr fines superiores a él.
- Como se ha señalado en la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, la administración pública debe estar orientada por principios y valores tales como la primacía de los ciudadanos, manejo responsable, priorización de necesidades, implementar la revalorización de la carrera pública, su orientación por resultados y evaluaciones de manera que permita el surgimiento de la meritocracia, con profesionales honestos y de calidad; en esa perspectiva, para el cumplimiento de los fines contenidos en la norma autoritativa, se requiere de una reforma

estructural dirigida no solo al establecimiento de mecanismos más céleres de realización de actos vinculados al comercio internacional, sino que también debe ir acompañada de la renovación del aparato que agrupa a aquellos que ejercen la administración pública, esto es, una real modernización del Estado.

- Para la promoción de la inversión privada no sólo se debe brindar seguridad jurídica sino también irradiar una imagen de Estado moderno, ágil y respetuoso de las normas constitucionales. Por ello, considera que para satisfacer los fines de la ley autoritativa ésta no debe ser vista de manera restrictiva sino desde una perspectiva teleológica que propenda a garantizar que la gestión pública tenga un enfoque centrado en el ciudadano y mejore la calidad de la información, de la atención y de los servicios prestados; por ello debe entenderse la ley autoritativa no como una norma pensada para reformas parciales en materia comercial, sino como una pauta preceptiva que apunte a la modernización real e integral de las relaciones Estado-sociedad.
- En relación al principio–derecho de igualdad ante la ley sin discriminación, y a los derechos al trabajo y a la jornada laboral, a la sindicación y a la negociación colectiva, así como a la prohibición del despido arbitrario, se precisa que el Decreto Legislativo N.º 1057 no afecta el principio-derecho de igualdad, si se tiene en cuenta que no se considera discriminaciones las acciones legislativas que promueven la igualdad real de oportunidades; dicha norma reconoce que dentro del proceso de modernización del Estado se brinda una igualdad de oportunidades para acceder a la contratación administrativa de servicios en las entidades estatales, garantizando los principios de méritos y capacidad así como el profesionalismo en la administración pública.
- Para analizar un caso de discriminación ante la ley, es necesario emplear el test de proporcionalidad aplicado al principio-derecho de igualdad; en ese sentido, existe la obligación de asegurar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia que deriva de aquel.
- A través del Decreto Legislativo N.º 1057 se ha incorporado a los servidores antes contratados bajo la modalidad de contratos civiles de locación de servicios no personales, dentro de los cánones que establece la Constitución, reconociéndolo dentro de un régimen especial de contratación administrativa de servicios aplicable a las entidades públicas sujetas al Decreto Legislativo N.º 276 y otras normas especiales, así como a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, beneficiándose ahora con la observancia de un horario y jornada de trabajo que no exceda de 48 horas semanales, con derecho a descanso semanal de 24 horas continuas, de 15 días calendario de descanso físico por cada año cumplido y la afiliación del régimen contributivo que administra ESSALUD para desarrollar sus actividades con tranquilidad.
- Establecer 48 horas de prestación de servicios a la semana como máximo no vulnera lo previsto en el artículo 25º de la Constitución; del mismo modo, el descanso físico por 24 horas continuas no constituye una desigualdad con los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad pública o privada. De otro

lado, el goce de 15 días de descanso físico por cada año cumplido no está condicionado al cumplimiento de los requisitos que sí son exigibles a los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada (labor efectiva de 260 días en dicho periodo), lo que constituye una evidente ventaja para los servidores CAS.

- Antes de promulgarse el Decreto Legislativo N.º 1057, el Decreto Legislativo N.º 276 regulaba el acceso e ingreso de servidores a la Administración Pública; de otro lado, a través de las normas que regulan el presupuesto del Sector Público, de manera excepcional se autorizó la contratación de personal bajo la modalidad de servicios no personales, contrato que no corresponde a ninguna categoría jurídica conocida o específica, al no tener precedentes normativos ni doctrinarios, ni tampoco una adecuada precisión legal.
- El régimen de contratación administrativa de servicios está orientado a regular la situación jurídica de las personas que prestan servicios para la administración pública en regímenes distintos a los regulados por la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, así como por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. La regulación de esta situación anómala (servicios no personales), constituye un beneficio por el reconocimiento de derechos contenidos en la Constitución.

FUNDAMENTOS

2. Naturaleza del denominado Contrato Administrativo de Servicios – CAS

10. El Decreto Legislativo N.º 1057, que aprueba el denominado Contrato Administrativo de Servicios, en su artículo 1º regula un régimen especial de contratación administrativa que tiene por objeto garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública.

11. Resulta pues necesario, previamente a cualquier desarrollo sobre la constitucionalidad o no de dicha norma, determinar si nos encontramos frente a un contrato administrativo o a un contrato laboral; para ello, el Tribunal Constitucional tendrá en cuenta no solo la nomenclatura utilizada por la norma cuestionada, sino principalmente el contenido de los dispositivos que aquella contiene.

12. En principio, la contratación administrativa se aparta del régimen general de contratación contenido en la legislación civil, de modo que nos remite a un régimen especial, vinculado a la particular posición que tiene la administración pública en nuestro ordenamiento jurídico; por un lado como ente con prerrogativas previstas en la Constitución y las leyes, y por el otro como parte contratante, asumiendo obligaciones y deberes vinculados a los contratos que aquella suscribe con personas de derecho privado.

13. A través de los contratos administrativos la Administración contrata a un tercero para que ejecute obras públicas, preste o administre –en su representación– un servicio público; en otras palabras, se recurre a un particular para que, a cambio de una contraprestación, ejecute o desarrolle una obra o actividad propia de la administración.

14. Estos contratos tienen ciertas características o particularidades que justifican su consideración como un régimen especial o particular; así, se tiene que, no alteran o modifican la posición de la partes dentro del ordenamiento jurídico (administración o tercero), son de naturaleza contractual (esto es, que es voluntario, y que regula obligatoriamente los derechos y obligaciones de las partes, aunque la administración no pierde sus prerrogativas), e incluso el cuestionamiento de estos contratos en sede judicial ya no es de competencia de la jurisdicción civil (entendida como ordinaria), sino de la contenciosa administrativa.

15. Ello demuestra la importancia y magnitud que ha ido tomando la actividad contractual de la administración pública, sobre todo cuando aquella se caracteriza por la contratación de bienes, servicios y obras, según corresponda y de acuerdo a las necesidades de la entidad contratante.

La referencia a la contratación de “servicios”, podría llevar a considerar *a priori* que la norma impugnada, en tanto pretende regular la contratación de servicios administrativos, regula un mecanismo de contratación administrativa; sin embargo, la respuesta no puede darse tan a la ligera y sin tomar en cuenta el contenido del contrato de servicios así como el marco jurídico que le sirve de sustento.

16. Es que en general un contrato contiene –sin que ello importe intentar un análisis pormenorizado y sea solo con fines pedagógicos–, primero, la identificación de las partes que lo suscriben, así como la descripción de la materia u objeto materia del mismo, luego las obligaciones que corresponden a cada parte, y finalmente las cláusulas vinculadas al incumplimiento, impugnación del contrato, pacto arbitral o de sometimiento a la competencia territorial de determinados jueces, etc., entre otras cláusulas.

17. Sin embargo, en el presente caso resulta sumamente paradójico encontrar especificado dentro del marco jurídico que regula el contrato el detalle de los derechos fundamentales que deben respetarse como parte del contrato, lo cual evidencia la existencia de una relación laboral a la sola suscripción de los contratos.

18. Al respecto, en el Decreto Legislativo N.º 1057 se encuentran disposiciones que hacen dudar de que nos encontremos frente a un contrato administrativo, más allá de la denominación que se le haya pretendido dar al sistema de contratación regulado por él. Así se tiene que:

- Garantiza los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública (artículo 1º).
- Fija como parte del contenido del contrato “administrativo de servicios” (artículo 6º, incisos 1 a 4):
 - Un máximo de cuarenta y ocho (48) horas de prestación de servicios a la semana.
 - Veinticuatro (24) horas continuas de descanso por semana.
 - Quince (15) días calendario continuos de descanso por año cumplido.

- Afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD, fijando como base máxima de la contribución el equivalente al 30% de la UIT vigente en el ejercicio por cada asegurado

A mayor abundamiento, el Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1057, Decreto Supremo N.º 075-2008-PCM, reitera estos “contenidos”, haciendo precisiones sobre el particular

19. Por ello, este Colegiado concluye expresando que el contenido del contrato regulado en la norma impugnada tiene las características de un contrato de trabajo y no de un contrato administrativo, en la medida en que prevé aspectos tales como la determinación de la jornada de trabajo (que implica incluso determinar el horario de trabajo, pues de lo contrario sería imposible controlar la jornada semanal), así como los descansos semanales y anual. Cabe considerar también que la denominación dada por el legislador a la norma cuestionada resulta, cuando menos, imprecisa, dado que le pretende conferir un significado distinto al contenido que regula.

20. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que –más allá de la denominación dada a los contratos suscritos bajo el marco del Decreto Legislativo N.º 1057, al pretender considerarlos como contratos administrativos de servicios–, los contratos suscritos bajo el marco del Decreto Legislativo N.º 1057 son de naturaleza laboral. En todo caso, lo que corresponde determinar, ahora, es si estos contratos están vinculados a un régimen laboral preexistente o si se trata de uno nuevo.

3. Los regímenes laborales en la Administración Pública

21. La Constitución Política del Estado, en sus artículos 2.15º, 10º, 11º y 22º a 29º establece el conjunto de derechos, principios y garantías que deben protegerse en una relación laboral; en ese sentido, el legislador –tanto el ordinario como el delegado– tiene amplio margen de acción, siempre que en el desarrollo de su labor, primero, no afecten derechos fundamentales o los principios y valores contenidos en la Constitución, y segundo, no afecten los límites de la legislación delegatoria, situación que no se advierte en el caso de autos.

22. Sin embargo, de las normas precitadas no se puede derivar la necesidad de un régimen laboral único para el sector público –más allá de que ello pudiera considerarse deseable–; sin embargo el objeto de la presente demanda es otro, esto es, analizar el contenido del Decreto Legislativo N.º 1057 tal como si de una norma laboral se tratara, sin que ello afecte su constitucionalidad.

23. El ordenamiento jurídico peruano contiene cuando menos dos regímenes laborales generales, alrededor de los cuales giran otros más específicos. Nos referimos a los regulados por los Decretos Legislativos N.º 276 y 728, denominados Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, el primero, y Ley de Fomento del Empleo, el segundo, los cuales contiene la legislación marco aplicable tanto al sector público como al sector privado, respectivamente. El acceso, características, derechos y obligaciones, finalización de la relación laboral, etc., están regulados en cada caso de manera específica y expresa, lo que a su vez ha dado lugar a que los mecanismos de protección de tales regímenes sean diferentes y específicos,

como de alguna manera lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el denominado Caso Baylón (STC 206-2005-PA/TC).

24. Además, alrededor de estos dispositivos coexisten normas específicas para distintos sectores laborales, tales como las aplicables a los trabajadores de la micro y pequeña empresa (Ley N.º 28015), a los trabajadores del sector agrario (Ley N.º 27360), a los de construcción civil, del hogar, mineros, profesores, trabajadores portuarios, etc.

25. Sin embargo, esta distinción no es muy clara respecto de los obreros, empleados, servidores y funcionarios públicos que cumplen funciones para el Estado, dado que aquellos pueden encontrarse vinculados a cualquiera de los regímenes laborales generales, pues de ello depende cuál es el aplicable a la entidad a la que pertenecen, dándose supuestos en los que incluso es posible la coexistencia de ambos regímenes laborales en la misma institución.

26. Por lo que se puede tener, como **primera conclusión**, que no resulta inconstitucional considerar al Decreto Legislativo N.º 1057 como una norma de derecho laboral, dado que puede coexistir con los regímenes generales existentes. No obstante ello, corresponde determinar si es que forma parte o complementa a alguno de ellos.

Ello resulta de vital importancia, dado que permitirá que el Tribunal Constitucional, dentro de una gama de posibilidades que van desde la inconstitucionalidad material – con la consiguiente derogación de la norma impugnada, precisando los efectos de ello –, hasta la declaración de su constitucionalidad, elija un pronunciamiento simple, o uno sujeto a ciertas reglas interpretativas para hacer compatible el contenido de la norma impugnada con el texto constitucional.

27. En el caso del Decreto Legislativo N.º 276, que promulga la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, se advierte –efectos de la presente sentencia–, que el ingreso a la carrera pública está sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos (artículo 12º), tales como ser ciudadano en ejercicio; acreditar buena conducta y salud; reunir los requisitos propios del respectivo grupo ocupacional; aprobar el concurso de admisión; así como los demás que señale la ley.

Además, el ingreso a la Carrera Administrativa debe hacerse por el nivel inicial de cada grupo ocupacional, siendo necesario para ello la existencia de vacantes presupuestadas, pues de otro modo no podría entenderse lo expuesto en el artículo 13º cuando se dispone que “*Las vacantes se establecen en el presupuesto de cada entidad*”.

28. Respecto del Decreto Legislativo N.º 728, del que posteriormente se separaron dos textos normativos, denominados Ley de Formación y Promoción Laboral y Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cabe tener presente el Decreto Supremo N.º 003-97-TR, por el que se aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que regula el régimen laboral para los trabajadores del sector privado. Esta norma contiene, en su artículo 4º, dos disposiciones que deben tenerse presente; por un lado, la que regula la existencia de

un contrato de trabajo y por el otro, la que expone las características de dicho contrato, el cual puede ser a plazo indeterminado, sujeto a modalidad o a tiempo parcial. Asimismo, la protección contra el despido arbitrario aparece prevista para aquellos casos en los que se supere el periodo de prueba de 3 meses (artículo 10°).

29. Este marco general tiene ciertas peculiaridades al momento en que se aplica para los trabajadores de este régimen, pero que laboran para entidades o dependencias del sector público; en ese sentido cabe señalar que todas las leyes de presupuesto en los últimos años han contenido disposiciones que tienen por objeto limitar, genéricamente, el ingreso de personal al sector público, estableciendo, por excepción, casos en los que ello es posible; en ese sentido, tenemos:

Ley De Presupuesto N.º	Vigente en el Año	Artículo
28427	2005	8°
28652	2006	8.b°
28927	2007	4°
29142	2008	7°
29289	2009	8°
29465	2010	9°

30. De todo lo expuesto, se puede extraer, como **segunda conclusión**, que para ingresar al sector público, tanto en el régimen laboral público como en el privado, resulta necesario no solo la existencia de una plaza vacante, que debe encontrarse previamente presupuestada, sino además que no exista impedimento para que aquella sea cubierta a través del mecanismo idóneo para tal efecto.

31. Por ello, al tomar en cuenta cómo regulan estos sistemas el acceso a la carrera pública –independientemente del régimen laboral aplicable– y al compararlos con el contenido en el Decreto Legislativo N.º 1057, se advierte que este no es complementario de ninguno de tales regímenes, dado que tiene sus propias reglas de contratación, por lo que se le puede considerar como un sistema de contratación laboral independiente.

32. Esta posibilidad ha sido implícitamente aludida por la parte demandante, la que propuso como una alternativa para “salvar” la inconstitucionalidad de la norma, que a través de una sentencia interpretativa se equipare dicho sistema de contratación, con el previsto en el régimen regulado por el Decreto Legislativo N.º 728.

33. En ese sentido se propuso realizar un análisis bajo los presupuestos del principio-derecho de igualdad; sin embargo, considera el Tribunal Constitucional que ello no es posible, dado que no nos encontramos frente a regímenes o sistemas laborales que

tengan la misma naturaleza o características, pues el acceso a ellos, es de diferente naturaleza –como se ha sido advertido precedentemente–, lo que justifica un trato diferenciado, no siendo por ello necesario, para criterio de este Colegiado, que se aplique el test de igualdad.

No escapa a este Colegiado, además, que de aceptarse dicha propuesta, se permitiría que quienes no forman parte de la carrera pública ingresen a ella, sin que se verifique la existencia de una plaza presupuestada vacante, sino que además, lo harían en un régimen laboral que incluso probablemente no sea el aplicable en la entidad en que se labora, pues como ocurre en muchas de ellas, el régimen laboral aplicable es el previsto en el Decreto Legislativo N.º 276.

34. Sin embargo también queda claro para el Tribunal Constitucional que no es posible que la norma impugnada sea aplicada tal como fue promulgada, tanto porque su naturaleza es distinta de la denominación que el legislador ordinario le confirió, como porque su aplicación, en tanto considerada como una norma de naturaleza laboral, exige que sea interpretada y complementada con el contenido de la Constitución, por lo que se justifica dictar en ese extremo una sentencia de naturaleza interpretativa que establezca el sentido correcto de las normas impugnadas.

35. Abona a lo dicho que este sistema de contratación laboral es sustitutorio del sistema civil de contratación de locación de servicios, también conocido como de servicios no personales –regulado por el artículo 1764º y siguientes del Código Civil–, siempre que se advierta la desnaturalización de dicho contrato. Esto no significa que el Estado no pueda recurrir a los contratos de locación de servicios, cuando por la naturaleza de la actividad a desarrollar, ello se justifique; lo que se proscribe es recurrir a este sistema de contratación, para actividades que importan la existencia de un vínculo laboral.

36. En efecto, el contrato de locación de servicios podía ser utilizado fraudulentamente, en razón de las labores que se pretendía realicen los comitentes –que podían ser de naturaleza permanente–, o por la duración de estos contratos –cuya extensión los desnaturalizaba–, sin que por ello se respetara el goce o acceso a ningún derecho constitucional de naturaleza laboral.

37. Así, al pasar de un contrato independiente a otro en el que existe subordinación, y de uno en el que no se reconoce el goce de derechos constitucionales de naturaleza laboral a otro que reconoce algunos de ellos, se advierte que hay una mejora o progresión en la protección de los derechos de naturaleza social; sin embargo, ello genera la necesidad de evaluar el contenido de este contrato tomando como base los derechos y garantías contenidos en la Constitución.

38. Al compararse este sistema de contratación con los regímenes laborales vigentes, se advierte que, en determinados supuestos, aquellos protegen en mayor medida los derechos fundamentales de los trabajadores; sin embargo, al comparar el mismo sistema de contratación con las reglas imperantes para los contratos de locación de servicios también conocidos como servicios no personales, obviamente la comparación sería más favorable al previsto por el Decreto Legislativo N.º 1057.

39. Sin embargo, a criterio del Tribunal Constitucional la constitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 1057 no se determina comparándolo con el sistema de locación de servicios o cualquier otro, sino, desde la Constitución. En consecuencia, corresponde ahora determinar si el sistema de contratación acotado protege los derechos laborales que la Constitución establece.

4. Los derechos fundamentales con contenido laboral o que son aplicados en contratos o relaciones laborales, conforme a la Constitución de 1993

40. Algunos de los derechos consagrados en la Constitución, ya son objeto de reconocimiento en el Decreto Legislativo N.º 1057, como ocurre con la jornada de trabajo y el descanso semanal. También ocurre lo mismo con el descanso anual; sin embargo, la discrepancia de la parte demandante es que sólo se conceden, en este caso, 15 días, mientras que en el caso de los trabajadores de otros regímenes laborales es de 30 días. Sobre el particular cabe precisar que la Constitución no establece un periodo de tiempo, sino la necesidad de que dicho descanso se dé con la periodicidad señalada.

La Organización Internacional de Trabajo, en el Convenio N.º 52 o Convenio sobre las vacaciones pagadas, suscrito el año 1936, y que fue ratificado por Res. Leg. N.º 13284 del 1 de febrero de 1960 –dado que el Estado peruano no ha ratificado el Convenio 132–, ha señalado en su artículo 2.1º, que toda persona a la que se aplique dicho Convenio tiene derecho, después de un año de servicio continuo a vacaciones anuales pagadas de cuando menos 6 días laborales, tiempo este inferior al reconocido en la norma impugnada, por lo que el artículo 6.2º del Decreto Legislativo N.º 1057 no resulta contrario ni a la Constitución ni a los tratados.

41. Respecto a los beneficios sociales, cabe señalar que estos tienen reconocimiento constitucional, conforme se advierte del artículo 24º segundo párrafo de la Constitución; empero, su acceso y goce están determinados en la legislación ordinaria pertinente, por lo que no corresponde emitir pronunciamiento sobre el particular.

42. Donde se advierte que existe una evidente omisión constitucional es en la regulación de los derechos de sindicación y huelga, omisión que debe ser subsanada por la autoridad administrativa, en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 28º de la Constitución.

43. Consecuentemente, corresponde a la autoridad administrativa competente dictar la regulación necesaria, en acatamiento de la Constitución, para la protección de los derechos fundamentales de naturaleza laboral que reconoce la Constitución a favor de los trabajadores en cualquier régimen laboral, incluidos los que ahora forman parte del sistema de contratación laboral regulado por el Decreto Legislativo N.º 1057, entendido este último, a partir de esta sentencia, como un régimen especial laboral, distinto de los ya existentes.

EXP. N° 3818-2009-PA/TC
ROY MARDEN LEAL MAYTAHUARI

CASO

Con fecha 6 de noviembre de 2008, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) de San Martín, solicitando que se deje sin efecto el despido arbitrario del que ha sido objeto; y que, en consecuencia, se le reponga en su puesto de Técnico de Verificación. Refiere que ha laborado mediante sucesivos contratos de locación de servicios; que ha realizado labores de naturaleza permanente, sujetas a un horario de trabajo, bajo subordinación y dependencia, desde el 1 de agosto de 2001 hasta el 1 de octubre de 2008. Adicionalmente, solicita que la demandada se inhíba de realizar actos de hostilización bajo apercibimiento de ser denunciado su representante legal.

El apoderado de COFOPRI contesta la demanda alegando que el demandante prestó servicios mediante contratos administrativos de servicios desde el 1 de julio de 2008 hasta el vencimiento del último de ellos, el 30 de septiembre de 2008, que por tanto, el proceso adecuado para resolver la controversia es el proceso contencioso-administrativo.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento se apersona y alega que de los documentos presentados por el demandante se desprende con nitidez que prestó servicios no personales y que su regulación es conforme al Código Civil.

El Juzgado Mixto de Tarapoto, con fecha 31 de marzo de 2009, declara fundada la demanda considerando que en aplicación del principio de primacía de la realidad el demandante tenía una relación laboral con el COFOPRI, y que por tanto, los contratos administrativos de servicios que celebró carecían de valor.

La Segunda Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, con fecha 12 de junio de 2009, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, por estimar que para resolver la pretensión es necesario una estación probatoria, agregando que el demandante ha iniciado un proceso sobre impugnación de despido arbitrario.

FUNDAMENTOS

§. La protección adecuada contra el despido arbitrario en el régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios

4. Antes de ingresar a evaluar el fondo de controversia conviene recordar que en el Exp. N.º 00002-2010-PI/TC se emitió una sentencia interpretativa mediante la cual se declaró que el Decreto Legislativo N.º 1057 era constitucional, por las siguientes razones:

a. Es un régimen laboral especial, debido a que reconoce todos los derechos laborales individuales que proclama la Constitución a favor de los trabajadores, a pesar de la calificación asignada por el legislador delegado.

b. Los derechos y beneficios que reconoce el contrato administrativo de servicios como régimen laboral especial no infringen el principio-derecho de igualdad con relación al tratamiento que brindan el régimen laboral público y el régimen laboral privado, ya que los tres regímenes presentan diferencias de tratamiento que los caracterizan y que se encuentran justificadas en forma objetiva y razonable.

5. Efectuadas las precisiones que anteceden, debe recordarse también que en el fundamento 17 de la STC 00002-2010-PI/TC, este Tribunal subrayó que la sola suscripción del contrato administrativo de servicios genera la existencia de una relación laboral.

Consecuentemente, carece de interés que se interponga una demanda con la finalidad de que se determine que, en la realidad de los hechos, el contrato administrativo de servicios es un contrato de trabajo, pues ello ya ha sido determinado en la sentencia de inconstitucionalidad mencionada, que tiene que ser acatada, seguida y respetada por todos los órganos de la Administración Pública.

En sentido similar, debe enfatizarse que a partir del 21 de setiembre de 2010, ningún juez del Poder Judicial o Tribunal Administrativo de carácter nacional adscrito al Poder Ejecutivo puede inaplicar el Decreto Legislativo N.º 1057, porque su constitucionalidad ha sido confirmada a través de la sentencia recaída en el Exp. N.º 00002-2010-PI/TC. Ello porque así lo disponen el segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar y el artículo 82º del CPConst., así como la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

6. Dichas conclusiones llevan a que este Tribunal establezca que en el proceso de amparo resulta innecesario e irrelevante que se dilucide si con anterioridad a la suscripción del contrato administrativo de servicios el demandante había prestado servicios de contenido laboral encubiertos mediante contratos civiles, pues en el caso de que ello hubiese ocurrido, dicha situación de fraude constituye un período independiente del inicio del contrato administrativo de servicios, que es constitucional. Por lo tanto, dicha situación habría quedado consentida y novada con la sola suscripción del contrato administrativo de servicios.

7. Por otra parte, corresponde analizar los alcances del derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario en el régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios. Para ello, hemos de comenzar recordando que en la STC 00976-2001-AA/TC, este Tribunal delimitó el contenido del mencionado derecho constitucional e interpretó qué debe entenderse por protección adecuada contra el despido arbitrario. En efecto, en la sentencia mencionada se precisó que:

a. El derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario reconocido en el artículo 27º de la Constitución puede ser abordado desde dos perspectivas: **i)** un régimen de carácter sustantivo, y **ii)** un régimen de carácter procesal. El régimen de carácter sustantivo contra el despido arbitrario puede ser: **i)** de carácter preventivo, o

ii) de carácter reparador. Mientras que el régimen de protección procesal puede ser: **i)** de eficacia resarcitoria, o **ii)** de eficacia restitutiva.

Sobre la constitucionalidad de los regímenes de protección adecuada contra el despido arbitrario, corresponde destacar que en la STC 00976-2001-AA/TC este Tribunal precisó que el establecimiento de un régimen sustantivo no es incompatible con la opción de que el mismo legislador establezca, simultáneamente, un régimen procesal, es decir, que ambos regímenes de protección son compatibles con el artículo 27° de la Constitución.

b. El régimen de protección sustantivo-preventivo contra el despido arbitrario tiene por finalidad que el legislador prevenga, evite o impida que un trabajador pueda ser despedido arbitrariamente, es decir, que busca que mediante una norma con rango de ley se prevea que no se puede despedir arbitrariamente a un trabajador si es que no es por alguna causal y en la medida en que ésta se pruebe, previo procedimiento disciplinario, si fuera el caso.

En el caso del régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios, este régimen de protección sustantivo-preventivo se encuentra previsto en el literal f) del numeral 13.1 del Decreto Supremo N.º 075-2008-PCM, cuyo texto dice que el contrato administrativo de servicios puede extinguirse por:

“Decisión unilateral de la entidad contratante, sustentada en el incumplimiento injustificado de las obligaciones derivadas del contrato o en la deficiencia en el cumplimiento de las tareas encomendadas”.

En este supuesto de extinción del contrato administrativo de servicios, el numeral 13.2 del Decreto Supremo N.º 075-2008-PCM prevé un procedimiento previo al despido en el siguiente sentido:

“En el caso del literal f) del numeral 13.1 precedente la entidad contratante debe imputar al contratado el incumplimiento mediante una notificación. El contratado tiene un plazo de (5) cinco días hábiles para expresar lo que estima conveniente. Vencido ese plazo la entidad debe decidir, en forma motivada y según los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, si resuelve o no el contrato, comunicándolo al contratado”.

Teniendo presente el contenido de los artículos transcritos, este Tribunal concluye que el régimen de protección sustantivo-preventivo del contrato administrativo de servicios es compatible con la Constitución. En todo caso, debe precisarse que los términos “contratado” y “resuelve o no el contrato” del numeral 13.2 del Decreto Supremo N.º 075-2008-PCM deben ser entendidos como “trabajador” y “extingue o no el contrato”.

c. El régimen de protección sustantivo-reparador se materializa cuando una norma con rango de ley no evita que se produzca el despido arbitrario, sino que se limita a reparar patrimonialmente sus consecuencias. Conforme a la STC 00976-2001-AA/TC, el régimen de protección sustantivo-reparador es compatible con la Constitución cuando el trabajador, una vez que fue despedido arbitrariamente inicia “una acción judicial ordinaria con el objeto de que se califique el despido como injustificado, con

el propósito de exigir del empleador el pago compulsivo de la referida indemnización”.

Este régimen de protección adecuada se encuentra previsto en el numeral 13.3 del Decreto Supremo N.º 075-2008-PCM, el cual dispone que:

“Cuando el contrato administrativo de servicios sea resuelto por la entidad pública, unilateralmente y sin mediar incumplimiento del contratado, el juez podrá aplicar una penalidad equivalente a las contraprestaciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos (2) meses”.

El artículo transcrito pone de relieve que el régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios prevé un régimen de protección sustantivo-reparador que tiene una eficacia resarcitoria que es compatible con la protección adecuada que brinda el artículo 27º de la Constitución contra el despido arbitrario. En todo caso, debe precisarse que los términos “resuelto” y “contratado” del numeral 13.3 del Decreto Supremo N.º 075-2008-PCM deben ser entendidos como “extinguido” y “trabajador”.

Asimismo, este Tribunal debe precisar que la interpretación constitucional del numeral 13.3 del Decreto Supremo N.º 075-2008-PCM debe ser la siguiente:

“Si el despido se produce por terminación injustificada, el empleador tiene la obligación de pagar automáticamente al trabajador la indemnización equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos meses. En caso de que el empleador no abone en forma automática la indemnización, el trabajador podrá interponer la demanda correspondiente.

Si el trabajador considera que no ha cometido la falta imputada que sustenta su despido o éste constituye una sanción desproporcionada, podrá interponer una demanda solicitando que se le abone una indemnización equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos (2) meses”.

La interpretación dada es conforme con el principio-valor de dignidad de la persona humana reconocido en el artículo 1º de la Constitución, ya que imponerle al trabajador que es despedido en forma injustificada que inicie un proceso para que se le otorgue una indemnización, supone atribuirle una carga innecesaria que no se encuentra justificada en forma objetiva.

d. En la STC 00976-2001-AA/TC también se precisó que el proceso de amparo constituye un régimen procesal de protección adecuada de eficacia restitutoria que tiene por finalidad la reposición del trabajador a su centro de trabajo y que no puede entenderse, para el caso de los trabajadores sometidos al régimen privado, únicamente circunscrito al Decreto Legislativo N.º 728, sino de cara a todo el ordenamiento jurídico, pues éste no es una agregación caótica de disposiciones legales, sino uno basado en las características de coherencia e integridad.

La anterior consideración permite inferir que en el caso del régimen laboral especial

del contrato administrativo de servicios también el proceso de amparo tendría eficacia restitutoria. Sin embargo, dicha eficacia restitutoria no puede predicarse en el proceso de amparo porque ello desnaturalizaría la esencia del contrato administrativo de servicios, ya que éste es un régimen laboral especial y transitorio que tiene por finalidad iniciar el proceso de reforma y reordenamiento del servicio civil.

La solución de reposición desnaturalizaría la esencia especial y transitoria del contrato administrativo de servicios, por cuanto los contratos de trabajo en este régimen son a plazo determinado y no a plazo indeterminado. Además, conforme al párrafo d) del artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional.

Consecuentemente, al régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios no le resulta aplicable el régimen procesal de eficacia restitutoria (readmisión en el empleo), sino únicamente el régimen procesal de eficacia restitutiva (indemnización).

3. ÁMBITO PREVISIONAL

a. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA ANTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

<p>EXP. N° 007-96-I/TC (ACUMULADO) CASO BERNARDO FERNÁNDEZ GIL Y OTROS</p>

CASO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por don Bernardo Fernández Gil, don Hernán Espinoza Segovia, don Xavier Barrón Cebreros y don Francisco Ercilio Moura, contra los artículos 7º, 8º, 9º, 10º y la Disposición Transitoria Unica del Decreto Ley N° 25967, que modificó el goce de pensiones de jubilación que administraba el Instituto Peruano de Seguridad Social, demanda que fue acumulada mediante resolución de fecha veintisiete de diciembre del mismo año, con la Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos, representados por don Percy Rodríguez Mendoza, contra el artículo 7º del D.L. N° 25967, sustituido por el artículo 1º de la Ley N° 26323, y el artículo 2º de la misma, por cuanto tales normas permiten legalmente, que los pensionistas del régimen del D.L. N° 20530, sean transferidos a la Oficina de Normalización Previsional, liberando de la responsabilidad del pago de las pensiones a la entidad en que los mismos prestaron servicios y cesaron, lo que afecta su derecho a una pensión de cesantía nivelada.

Los demandantes amparan su pretensión, en los artículos 200º inciso 4), 202º inciso 1) y 203º inciso 5) de la Constitución; 1º, 2º, 20º inciso 1), 21º, 23º, 25º inciso 5), 26º y 29º de la Ley N° 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional.

Las demandas fueron admitidas a trámite por el Tribunal Constitucional, por resoluciones de fecha siete de noviembre y veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, respectivamente, por cuanto los demandantes cumplieron con los requisitos señalados por la Ley Orgánica de éste Tribunal; de estas demandas se corrió traslado a los demandados, quienes las contestaron absolviendo dicho trámite; en el caso del Poder Ejecutivo, lo hizo el Procurador ad-hoc designado mediante Resolución Suprema N° 240-96-JUS, del once de diciembre de mil novecientos noventa y seis, don Fernando de Trazegnies Granda, y en el del Congreso de la República, el Señor Congresista Doctor Oscar Medelius Rodríguez, con fecha seis de enero y veinte de febrero de mil novecientos noventa y siete, quien fue nombrado apoderado por Acuerdo de la Mesa Directiva del Congreso de fecha veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y seis.

La demanda de inconstitucionalidad de los artículos referidos en el "Asunto" de la presente, se fundamenta en lo siguiente:

a) La "inconstitucionalidad congénita" del D.L. N° 25967.

Los demandantes al fundamentar la interposición de la presente demanda de inconstitucionalidad, hacen una "simple acotación tangencial", para precisar que entienden que dicho D.L. contraviene flagrantemente "no sólo nuestro ordenamiento legal vigente, sino que también violentó el ordenamiento constitucional vigente al momento de promulgarse la citada norma (en ese entonces se encontraba vigente la Constitución de 1979)."

Se trata de un Decreto Ley con efectos retroactivos malignos, que "ofende la conciencia nacional, y resiente los más elementales principios naturales y constitucionales de cualquier sociedad civilizada", el que además, al no haber sido promulgado por un Congreso regular y constitucional, "presenta una grave inconstitucionalidad congénita".

b) La Creación e Implementación de la Oficina de Normalización Previsional.

El 12 de diciembre de 1992, el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional expidió el D.L. N° 25967, cuyo artículo 7° crea la Oficina de Normalización Previsional - ONP, la que desde el 1° de enero de mil novecientos noventa y tres, asumiría la función de administrar el Sistema Nacional de Pensiones (en adelante SNP) a que se refiere el D.L. N° 19990, así como otros regímenes pensionarios administrados por el Estado, los que expresamente deberán ser señalados mediante resolución suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas.

Este artículo del D.L. N° 25967, posteriormente fue modificado por el artículo I de la Ley N° 26323, expedida por el Congreso Constituyente Democrático, el que dispuso que en relación al régimen del Sistema Nacional de Pensiones, cualquier referencia que se haga al Instituto Peruano de Seguridad Social, deberá entenderse como referida a la Oficina de Normalización Previsional, y expresa además, que ésta Oficina es la encargada del cálculo, emisión, verificación y entrega de los "Bonos de Reconocimiento" a que hace referencia el artículo 9° del D.L. N° 25897.

Los artículos 7° y 8° del D.L. N° 25967 disponen, que mediante D.S. se aprobará la transferencia de personal, activos y sistemas necesarios, que las entidades respectivas deberán efectuar a la ONP, así como la derogatoria de los artículos de la Ley N° 24786 que se refiere al SNP, respectivamente.

Los demandantes señalan que estas disposiciones legales, conllevan el "desgajamiento" del Sistema Nacional de Pensiones, que hasta entonces se encontraba expresamente incluido dentro del ámbito de administración del Instituto Peruano de Seguridad Social conforme a lo regulado por el artículo 14° de la Constitución Política de 1979, que encargaba su administración a una institución autónoma y descentralizada con personería de derecho público.

Es así; que al pasar el Sistema Nacional de Pensiones del IPSS hacia la Oficina de Normalización Previsional (ONP), no sólo significa un claro atentado contra su

autonomía, porque la ONP es un ente dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas, sino que además conlleva una clara y flagrante violación del mandato constitucional antes indicado.

c) La Improcedencia de las acciones de amparo contra los efectos del Decreto Ley N° 25967.

Afirman los demandantes, que el legislador, precaviendo la natural reacción de los afectados ante la vulneración de sus derechos legales y constitucionales, dispuso en el artículo 10° del Decreto Ley N° 25967, que las acciones de amparo dirigidas a impugnar directa o indirectamente los efectos de la aplicación de dicho D.L., no son procedentes.

Esta disposición conlleva para los asegurados afectados en sus derechos, "una total indefensión jurídica, ya que fueron ilegalmente privados del acceso a los recursos que (...) la Constitución del Estado y otras normas internacionales aplicables, contemplan como derechos fundamentales de toda persona"; es decir, "que no sólo agravia y perjudica al interesado, sino, además se le prohíbe que se defienda."

La presencia de este artículo 10°, prueba que el legislador sabía a plena conciencia de la ilegalidad e inconstitucionalidad de su norma, al extremo de prohibir las acciones de amparo, que es el camino lógico para que los afectados protesten por el atropello.

d) Nuevas Condiciones para acceder al goce de la pensión de jubilación.

Para los demandantes, el D.L. N° 25967, modificó el D.L. N° 19990, estableciendo nuevas condiciones para acceder al goce de la pensión de jubilación, disponiendo una "nueva modalidad de cálculo para definir la Remuneración de Referencia, aplicable para los efectos previstos por el Sistema Nacional de Pensiones regulado por el ya acotado D.L. N° 19990."

Consideran que dicho cálculo es una nueva modalidad para reducir importante y sustancialmente la pensión final del interesado; si con el sistema vigente del D.L. 19990 le correspondía un determinado monto de pensión mensual, "tomando como referencia la última remuneración de los últimos doce (12) meses", ahora con el nuevo sistema, se toma como referencia la remuneración de los últimos 36, 48 ó 60 meses, según sea el caso, con lo que "la pensión final del solicitante se reduce hasta niveles vergonzosos", por la inflación de esos períodos.

Además de las nuevas condiciones para el acceso y goce de los beneficios establecidos en el Sistema Nacional de Pensiones, la Disposición Transitoria Unica del D.L. N° 25967 dispuso que las solicitudes en trámite a la fecha de vigencia del presente D.L., deberán ceñirse a las normas que éste prescriba; es decir, imponiendo su aplicación retroactiva, "perjudicando con ello los derechos espectativos y reales de todos los asegurados que, cumplidos los requisitos de ley vigentes hasta antes del 12.12.92", y que "en ese momento se encontraban tramitando el goce de una pensión de jubilación, conforme a las normas originalmente establecidas por el Sistema Nacional de Pensiones regulado por D.L. N° 19990."

Finalmente señalan que esta ley atenta contra el principio constitucional de la irretroactividad de las leyes consagrado en el artículo 103º de la Constitución Vigente, extendiendo sus efectos al pasado, y perjudica a los ciudadanos que "al momento de renunciar a sus respectivos trabajos para acogerse a la jubilación, lo hacían en cumplimiento de la legislación vigente en ese momento".

e) Derecho a la Pensión Nivelable.

La Constitución vigente garantiza a toda persona el derecho universal y progresivo a la seguridad social, en su artículo 10º.

Este precepto asigna a la seguridad social, una doble finalidad: a) "proteger" a la persona frente a las contingencias de la vida, y b) "elevar su calidad de vida"; éste es el contenido esencial del derecho constitucional a la seguridad social, el que se concreta a través de los diferentes regímenes que pudieran establecerse. Para los cesantes y jubilados, el medio para alcanzar dicho nivel de vida, es la percepción de una Pensión que guarde proporción con el costo de vida y no se torne diminuta con el correr del tiempo.

En el caso de los servidores públicos que se encuentran en el régimen establecido por el D.L. 20530, la concreción de aquellas normas constitucionales reside en el derecho a percibir una pensión de cesantía o jubilación renovable, para que haya igualdad con la remuneración que percibe el trabajador que desempeña igual labor o función a la que desempeñaba el cesante al concluir su ciclo laboral. Este mecanismo de reajuste también conocido como "Cédula Viva", fue consagrado por la Octava Disposición Transitoria de la Constitución de 1979, y es posteriormente, que la Constitución de 1993, dispuso en su Primera Disposición Final y Transitoria que los nuevos regímenes sociales obligatorios que se establezcan en materia de pensiones, no afecta los derechos legalmente obtenidos, en particular, los correspondientes a los regímenes de los D.L. N° 19990 y 20530, y sus modificatorias.

De esta manera, la Constitución de 1993 concede ultractividad a la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, garantizando la vigencia de las normas legales basadas en esta, así como los derechos adquiridos bajo su imperio, las que han regulado de manera clara el derecho de los cesantes sujetos a éste régimen de pensión nivelada con el haber del servidor en actividad, lo que guarda relación con el artículo 50º del D.L. N° 20530.

Posteriormente, la Ley N° 23495, desarrolló el concepto de la Octava Disposición General y Transitoria, señalando en su artículo 5º, que con posterioridad a la nivelación de las pensiones con los haberes, todo incremento que reciban los servidores públicos en actividad, en el desempeño del cargo o similar al que ocupó el cesante o jubilado, originará el incremento de la pensión en el mismo monto que el que corresponde al activo. El art. 7º de la misma ley, concede a los servidores con más de 30 años de servicios si es varón, o 25 años si es mujer, el derecho a percibir una pensión en monto igual a las remuneraciones, bonificaciones y asignaciones que tuviese al cesar, estableciendo "que la modificación de la escala de sueldos, bonificaciones y asignaciones da lugar a expedición de nueva Cédula".

El Reglamento de la Ley N° 23495, aprobado por D.S. N° 015-85-PCM, comprende en dicho beneficio a todo servidor público con más de 20 años de servicio al Estado, otorgando una pensión equivalente a una 30ava. ó 25ava. parte de la remuneración referencial, se trate de hombres o mujeres, por cada año de servicio.

Los demandantes, ponen como ejemplo el caso de los Pensionistas del Banco de la Nación.

En dicho caso señalan, como antecedente, que por disposición del D.Leg. N° 339, se estableció en el Banco de la Nación, el régimen laboral de la actividad privada, reconociendo la Ley N° 25146 en su art. 1º, el derecho de los servidores de esta entidad, que a la fecha de promulgación del D. Leg. 339 se encontraban comprendidos en el régimen pensionario del D.L. N° 20530 a continuar en dicho régimen.

El hecho de transferir a los pensionistas del Régimen del D.L. N° 20530 a la ONP, significa desvincularlos de la entidad en que laboraron y cesaron, la misma que estaba obligada al pago de sus pensiones y a reajustarlas y nivelarlas cada vez que se produjera un incremento de las remuneraciones de los servidores en actividad, porque la ONP, conforme a lo normado por el artículo 4º de la Ley N° 26323, es un pliego presupuestal y una institución pública descentralizada del Sector Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público interno, con fondos y patrimonio propios y con autonomía funcional, administrativa, técnica, económica y financiera.

Con ésta transferencia, los cesantes del Banco de la Nación dependen ahora de una entidad que es parte de la Administración Pública y pertenece al Sector Economía y Finanzas, resultando evidente que al asumir la ONP la obligación del pago de las pensiones de los cesantes de una entidad del sector público, no puede mantener el carácter homologado o nivelable de dichas pensiones, con los haberes de los servidores públicos de las mismas categorías de la entidad en la que cesaron, porque al desvincularse de ésta, la entidad queda liberada de esa obligación. Así, el derecho a la pensión nivelada, garantizado por la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente, es afectado al transferirse el pago de una pensión a una institución ajena a aquella en la que sirvió el trabajador, como es el caso de la ONP. Por lo tanto, en el presente caso, la transferencia de los cesantes del Banco de la Nación a la ONP, evidencia por ejemplo, que sus pensiones perderían el carácter de nivelable; y esta medida, aparentemente de orden administrativo no puede vulnerar preceptos constitucionales.

Consideran entonces, que el propósito de la transferencia del pago de las pensiones a la ONP, es acabar con la nivelación de las pensiones, y no de tipo administrativo, como se ha afirmado, pretendiendo terminar con el sistema de nivelación y homologación para separar y desvincular a los cesantes de la entidad en la que laboraron. La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema ha sentado criterio jurisprudencial en vía de control difuso de la constitucionalidad, frente a intentos legislativos similares para transferir el pago de las pensiones a entidades ajenas a las obligadas por la ley; así ha declarado fundada la acción de amparo interpuesta por la

Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la SUNAT, e inaplicable la 3ª Disposición Transitoria del D.Leg. N° 673 que dispuso la transferencia del pago de pensiones de los cesantes del régimen del D.L. N° 20530 de la SUNAT al Ministerio de Economía.

Conforme al criterio jurisprudencial de la Sala Constitucional y Social, la transferencia de los pensionistas que prestaron servicios a la SUNAT y al IPSS, al Ministerio de Economía y Finanzas, "configura la violación de su derecho constitucional una pensión nivelada u homologada con los haberes de los servidores activos de la entidad en que cesaron".

f) Violación de los Derechos adquiridos de los Pensionistas.

La 1ª Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 consagra el respeto a los derechos adquiridos en materia pensionaria, el que se aplica en los casos de sucesión normativa o de derogación de una norma, a cuyo amparo se obtuvo la condición más beneficiosa que la establecida o suprimida por una norma posterior, y "consiste en que el titular del derecho o beneficio adquirido en virtud de aquella norma, lo conservará, no siendo aplicable la norma posterior menos beneficiosa".

La Constitución señala que la implantación de nuevos regímenes previsionales no implica el desconocimiento de los derechos adquiridos por los pensionistas, pues por el contrario, obliga y garantiza su respeto, protegiéndolos frente a cualquier norma, acto o hecho que pueda afectarlos de modo alguno.

El D.L. N° 25967 y la Ley N° 26323 vulneran el principio constitucional de respeto a los derechos legalmente obtenidos en materia pensionaria, al posibilitar se transfiera a la ONP, la responsabilidad de administrar el régimen del D.L. N° 20530, y al afectar la nivelación de los haberes de los cesantes con los de los servidores en actividad, de la misma categoría y entidad en la que prestaron servicios los cesantes.

La garantía de respeto a los derechos legalmente obtenidos consagrada por la 1ª Disposición Final y Transitoria de la Constitución, supone entonces, la vigencia del régimen del D.L. N° 20530 y sus normas modificatorias.

El art. 13º del D.L. N° 20530 señala que el pago de la pensión será efectuada por la entidad en la que cesa el trabajador, no sólo por razones de orden administrativo, sino también por la naturaleza propia del régimen pensionario, al establecer la nivelación de las pensiones con los haberes de los servidores en actividad, en donde se deben tomar como referencia, las remuneraciones vigentes en la entidad en que cesaron los pensionistas; existe entonces, una conexión directa entre el derecho a la pensión nivelada y la responsabilidad de que sea pagada por la entidad en que cesó el pensionista, porque permite hacer efectiva la nivelación cuando se produzcan reajustes de remuneraciones en la entidad.

Tanto así, que el D.Leg. N° 817 ha reiterado en su art. 4º in fine, que cada entidad continúa manteniendo la responsabilidad del pago de las pensiones que le corresponde con arreglo a ley.

Entonces, el pago de la pensión le corresponde a la entidad en que laboró el pensionista, y en caso de retirarle tal responsabilidad y transferirla a otra entidad pública, esta última no podrá cumplir con la obligación de mantener niveladas dichas pensiones, salvo que tal entidad transfiera a la ONP los recursos respectivos cuando disponga reajustes de remuneraciones de sus trabajadores; además a decir de los demandantes, esto está expresamente previsto por la norma que dispone la transferencia, lo que carece de sentido porque si la entidad en que cesaron los pensionistas va a continuar obligada a sufragar las pensiones y actualizarlas con los aumentos de haberes de los servidores activos, entonces ¿porqué no las paga directamente en lugar de hacerlo mediante la ONP?

Finalmente, para los demandantes, "el derecho legalmente adquirido a que se refiere la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, comprende el régimen del D.L. 20530 en su conjunto, con los derechos que establece y las normas de administración, pago y aplicación de las pensiones que son necesarias, y congruentes, para mantener la característica esencial de dicho régimen: la pensión nivelada".

Los representantes de los demandados, al absolver el traslado de la demanda señalaron:

a) La "inconstitucionalidad congénita" del D.L. N° 25967.

Los representantes de los demandados no se pronuncian concretamente sobre el particular, sin embargo, genéricamente señalan que ninguna de las normas impugnadas viola precepto constitucional alguno, puesto que el marco específico de la acción de inconstitucionalidad planteada es la Constitución vigente.

b) La Creación e Implementación de la Oficina de Normalización Previsional.

La Constitución de 1979, que es aquella en la que se basa la impugnación, dejó de estar vigente cuando se promulgó la Constitución de 1993, conforme se expresa en la Disposición Final y Transitoria Décimo Sexta de esta última. El artículo 10° de la actual Constitución, la única vigente, legisla sobre la materia, y no contiene prescripción alguna sobre el tipo de institución que debe administrar la seguridad social, ni tampoco limita esa administración a una sola institución. Así, la presunta violación constitucional es ilusoria, "porque se basa en una pretendida contradicción con una norma que ya no existe legalmente y con una Constitución que ya no es Constitución sino simplemente una pieza de la historia jurídica del país".

El artículo 11° de la actual Constitución, prescribe que el Estado garantiza el libre acceso a las prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas y privadas; así, la propia Constitución prevé la existencia de organismos de naturaleza diversa, los que tendrán a su cargo, la administración del Sistema de Salud y de Pensiones. En este contexto, la creación de la ONP, obedece al desarrollo de una política, por parte del Estado, en materia de Seguridad Social, la que se centra en el paso de la administración del Sistema Nacional de Pensiones a una entidad distinta, lo que se circunscribe a aspectos meramente administrativos, en donde las prestaciones que puedan ser otorgadas por el Sector Privado, son una alternativa moderna y responsable, siendo intangibles sus fondos y reservas, como lo señala el

artículo 12º de la propia Constitución; además, como afirma la propia parte demandante, "el acto mismo de la creación de la oficina de Normalización Previsional no comporta por sí misma una contravención constitucional".

La creación de la ONP, es parte del cumplimiento de las obligaciones que todo Estado miembro de la organización Internacional del Trabajo (OIT) asume al ratificar un convenio internacional, caso específico del Convenio OIT N° 35, "relativo al seguro obligatorio de vejez de los asalariados en las empresas industriales y comerciales, en las profesiones liberales, en el trabajo a domicilio y en el servicio doméstico", y del Convenio N° 36, sobre "seguro obligatorio de vejez de los asalariados en las empresas agrícolas", aprobados por Resoluciones Legislativas N° 10195 y 13284.

En cuanto al artículo 8º del D.L. N° 25967, debemos indicar que no contraviene disposición constitucional alguna, puesto que es consecuencia del paso de la administración de un ente a otro, el mismo que requiere implementaciones de toda índole; así, la ONP asume tanto el activo como el pasivo del IPSS en materia de pensiones. Respecto de la derogatoria de los artículos referidos a la administración del SNP por el IPSS, dispuesta por el artículo 9º del referido D.L., los demandados consideran que tal mandato es constitucional, "más aún si tenemos en cuenta que uno de los principios generales del derecho glosa, que lo accesorio sigue la suerte del principal, siendo lo principal la creación de la ONP, la que es titular de la administración del Sistema, y lo accesorio, el traspaso de las facultades; "es aquí donde por seguridad jurídica y con la finalidad de que los usuarios tengan la certeza y confiabilidad en el Sistema, es que se derogan en forma expresa las facultades administrativas del IPSS, para evitar la duplicidad de funciones".

c) La Improcedencia de las acciones de amparo contra los efectos del D.L. N° 25967.

Se denuncia como inconstitucional el art. 10º del D.L. N° 25967, porque los demandantes consideran que dicha disposición "pretende privar al ciudadano de una garantía constitucional; lo que resultaría inconstitucional". Al respecto, consideran necesario precisar que el inciso 2º del artículo 200º de la Constitución vigente dispone que no proceden las acciones de amparo contra normas legales, las que pueden ser impugnadas a través de la acción de inconstitucionalidad, que es lo que ese está ventilando ante el Tribunal Constitucional. El artículo 10º de la Ley N° 25967, "se limita a establecer lo que la Constitución establece".

Además señalan los demandados, que la acción de amparo, por sí, no constituye un derecho, sino un medio del que se valen las personas para recurrir al poder jurisdiccional, para que se les restablezcan sus libertades o derechos violados o amenazados. El acto de recurrir al órgano jurisdiccional no es un derecho sustantivo sino procesal; en todo caso, "lo sustantivo está representado por el derecho violado y lo procesal, por este camino particular de defensa".

En todo caso, la acción de amparo no es el único medio para hacer valer los derechos, más aún cuando se trata de una forma excepcional para ello, quedando subsistentes las formas convencionales; así, no se ha recortado ni transgredido derecho alguno, máxime cuando el numeral 2º del artículo 200º de la Constitución prevé de manera

expresa, que la acción de amparo no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular.

Es necesario recordar, que la acción de amparo procede cuando se han violado o amenazan derechos constitucionales; en cuanto a lo primero, no se ha violado derecho alguno, y en cuanto a la amenaza, los demandados citan al constitucionalista Alberto Borea, para quien ésta debe estar referida: 1.- a un derecho constitucional, 2.- debe ser real y concreta contra persona cierta que encuentre en peligro el quebrantamiento de su derecho constitucional, 3.- debe ser inminente, es decir, en vías de ejecución.

d) Nuevas Condiciones para acceder al goce de la pensión de jubilación.

La Disposición Transitoria dispone que las solicitudes en trámite a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25967, se ceñirán a las normas que éste prescribe.

Los demandantes estiman que ello implica retroactividad, la que se encuentra proscrita por el artículo 187° de la Constitución derogada, y pretenden darle nueva vida a ese texto legal para aplicarlo ahora sobre el Decreto Ley cuya inconstitucionalidad se demanda. Además, una ley derogada, ya no es una ley, aunque se trate de una Constitución.

Aún cuando los demandantes no lo han invocado -por lo que no puede ser aplicado a los mismos por el Tribunal, porque no puede sustituirse a los demandantes-, tampoco el artículo 103° de la actual Constitución podría servir como fundamento para considerar que la Disposición Transitoria Unica es retroactiva, y por lo tanto, inconstitucional.

Debe tenerse presente que las leyes son retroactivas, cuando se aplican hacia atrás, con el objeto de cambiar situaciones del pasado; "si esta ley pretendiera retirar los beneficios ya adquiridos por alguien en el pasado, y los cuales se encuentra efectivamente gozando y le exigiera que devuelva lo recibido en el pasado, estaríamos claramente ante un caso de intolerable retroactividad. Pero éste no es el caso de la ley materia de esta acción de pretendida inconstitucionalidad. La Disposición Transitoria Unica se limita a decir que la ley es aplicable de ahí en adelante, es decir, hacia el futuro. De ninguna manera se pretende modificar el régimen de pensiones del pasado ni exigir devolución de suma alguna: quienes están gozando de una pensión otorgada bajo la ley anterior, continúan dentro de ese régimen. Pero a partir de la fecha de entrada en vigencia del nuevo Decreto Ley, todas las pensiones que se otorguen en el futuro deberán adecuarse a lo dispuesto por éste último. No hay, pues, aplicación hacia el pasado (retroactividad) sino aplicación inmediata y hacia adelante de la nueva norma".

La teoría de la intangibilidad de los derechos adquiridos se basa en la distinción entre lo que es una mera expectativa y lo que es un derecho adquirido; el último es un derecho formalmente constituido y en ejercicio, mientras que la expectativa es la situación en la que si se cumplen ciertas condiciones y formalidades, se adquirirá un derecho, pero como el derecho no se tiene aún, no puede ser ejercido todavía.

El derecho adquirido es intocable por leyes posteriores, mientras que la expectativa tiene que someterse y adaptarse a la nueva legislación.

Indican además, que la norma se refiere a "solicitudes en trámite" al 19 de noviembre de 1992, fecha de entrada en vigencia del Decreto Ley, lo que no contraviene derecho constitucional alguno, más aún si tenemos en cuenta que se refiere a aquellas que no contaban con resoluciones administrativas que se pronuncian por el otorgamiento o no de la pretensión, y a diferencia de las solicitudes que ya tuvieron pronunciamiento de las administraciones, en los que no corresponde la aplicación del Decreto Ley N° 25967, a diferencia de los que carecían del mismo.

La disposición transitoria hace referencia a solicitudes en trámite, lo que se encuentra en el ámbito de la mera expectativas, las que son atribuciones genéricas para actuar de acuerdo a derecho, en la que si se cumplen ciertas formalidades y condiciones, se adquirirán derecho; pero antes, el derecho no se tiene y no puede ser ejercido todavía, y en tanto no son derechos adquiridos no entran en nuestro dominio.

La Constitución de 1979, reconocía la teoría de los hechos cumplidos, la misma que se encontraba recogida en el artículo 187°, el que tiene su norma reglamentaria en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, el mismo que recoge dicha teoría, al indicar que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

e) Derecho a la Pensión Nivelable.

El derecho a la nivelación de pensiones, en la actualidad tiene sólo jerarquía legal, en tanto está contemplado para situaciones específicas en el D.L. N° 20530; la Constitución de 1979 sí establecía con jerarquía constitucional, la nivelación de pensiones, la que fue regulada por Ley N° 23495 y por el D.S. N° 015-83-PCM.

Al sustituirse la Constitución de 1979 por la actual, ya no se reconoce el derecho a la nivelación, y en tal sentido, ya no puede ser objeto de referencia en una acción de inconstitucionalidad. La actual Constitución, en la Segunda Disposición Final y Transitoria prescribe que "El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste designe para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional".

Señalan los demandantes que la "actual Constitución comenzó a regir los actos y hechos producidos a partir de su entrada en vigencia; en lo que respecta a las pensiones nivelables, estas dejaron de tener jerarquía constitucional al no haberse declarado su aplicación ultractiva".

Además, nuestro sistema jurídico no reconoce la teoría de los derechos adquiridos, sino la aplicación inmediata de las normas, lo que significa, "que la nueva disposición no afecta los derechos materializados, sino los que se producen a partir de la fecha de la norma".

f) Violación de los Derechos adquiridos de los Pensionistas.

Para los demandantes, las normas materia de la presente acción, conllevan una violación al mandato establecido en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que condiciona que los nuevos regímenes sociales obligatorios en materia de pensiones, no puede afectar los derechos legalmente obtenidos, en particular, los existentes al momento de la promulgación de la norma constitucional, esto es, los D.L. N° 19990 y 20530.

Este argumento no puede ser utilizado por la parte demandante para cuestionar la constitucionalidad del art. 2° de la Ley N° 26323, que prescribe que "el objeto principal de la Oficina de Normalización Previsional es la administración centralizada del Sistema Nacional de Pensiones y el Fondo de Pensiones a que se refiere el Decreto Ley N° 19990, así como de otros sistemas de pensiones administrados por el Estado".

Este dispositivo, contrariamente a lo sostenido no hace referencia a los derechos adquiridos, sino a los legalmente obtenidos, lo que condiciona la validez de su otorgamiento al cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley.

La Constitución Política de 1979, reconocía, en su artículo 187°, la teoría de los hechos cumplidos, lo cual se encontraba reglamentado en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, "al indicar que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes".

Además, de conformidad con lo prescrito por la Décimo Sexta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993, una vez promulgada la misma, ésta reemplaza a la de 1979, por lo que carece de objeto pronunciarse respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del D.L. N° 25967 con relación a la Constitución de 1979, la que está derogada.

Y, luego de los informes orales presentados por las partes demandantes y demandadas, y teniendo presente la documentación posteriormente anexada por el Procurador Ad-hoc del Poder Ejecutivo, el Tribunal Constitucional está en la obligación de expedir sentencia.

FUNDAMENTOS

La Inprocedencia de las acciones de amparo contra los efectos del D.L. N° 25967.

6. El artículo 200°, inciso 2) de la Constitución vigente, dispone que no proceden las acciones de garantía contra normas legales las que deberán ser impugnadas a través de la acción de inconstitucionalidad; los demandados señalan que en todo caso, el artículo 10° del D.L. N° 25967 limita el acceso a los recursos que la Constitución del Estado y otras normas internacionales aplicables contemplan.

7. Si bien la acción de amparo no procede en contra de leyes, por mandato expreso de la propia norma fundamental, la doctrina reconoce que sí se puede interponer contra actos que en aplicación de una norma legal, vulneren un derecho susceptible de

amparo constitucional; en este caso, estamos frente a un caso de control de la aplicación de la norma, extremo que pretende ser prohibido expresamente por el artículo 10º del Decreto Ley N° 25967. Además, el inciso 2) del antes referido artículo 200º de la Constitución señala que no proceden las acciones de garantía contra normas legales, pero el artículo 10º impugnado, va más allá del texto constitucional, por cuanto prohíbe dichas acciones, contra los efectos del propio D.L., extremo este que es inconstitucional, por cuanto ninguna autoridad puede impedir el ejercicio de tales acciones por los particulares, cuando se produzcan hechos que amenacen o violenten derechos constitucionales de los ciudadanos, que puedan ser protegidos por medio de las acciones de garantía.

Además, es importante recalcar que en todo momento, los jueces al resolver, tienen la obligación constitucional de preferir la Constitución sobre cualquier otra norma de menor jerarquía, tal como lo disponen los artículos 51º y 138º de la misma, dispositivos estos que tienen primacía respecto de cualquier otra norma legal.

Nuevas Condiciones para acceder al goce de la pensión de jubilación.

10. La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, consagra a nivel constitucional, el respeto de los derechos legalmente obtenidos en materia pensionaria, de los jubilados y cesantes de los regímenes de los D.L. N° 19990 y 20530, entendiéndose por tales derechos, a los que han sido incorporados en el patrimonio jurídico de los pensionistas.

Si la protección que la Constitución otorga a tales derechos opera ante la creación de nuevos regímenes pensionarios, con mayor razón, cualquier regulación destinada a mejorar la administración de los mismos, también debe respetarlos. Estamos ante una situación de excepción que permite que un conjunto de normas sean aplicadas ultractivamente, por reconocimiento expreso de la disposición constitucional, a un grupo determinado de personas, quienes mantendrán sus derechos nacidos al amparo de una ley anterior, aunque la misma haya sido derogada o modificada posteriormente. Esta situación no significa que se esté desconociendo por mandato de la propia Constitución, la obligatoriedad de la vigencia de las leyes, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la propia ley, que postergue su vigencia en todo o en parte, ya que la Constitución consagra la teoría de aplicación inmediata de la norma; nuestro sistema jurídico, complementado lo antes señalado, se regula sobre la base de la teoría de los hechos cumplidos en los casos de conflicto de normas en el tiempo, como lo consagra el artículo III del Título Preliminar del Código Civil. Se trata en todo momento, de una situación excepcional de ultractividad de la norma, por disposición expresa de la Constitución.

11. El D.L. N° 19990, en su artículo 38º declara que tienen derecho a la pensión de jubilación, los hombres, a partir de los 60 años, y la mujeres, a partir de los 55, a condición de que reúnan los requisitos de aportaciones señalados en el mencionado D.L., y conforme a las condiciones que el mismo señala. Al permitirse la aplicación ultractiva de la norma, ésta se aplicará sólo a los trabajadores que, aun cuando se encuentren laborando, reúnan los requisitos señalados por el D.L. N° 19990 para

obtener la pensión de jubilación, por cuanto han incorporado a su patrimonio un derecho en virtud del mandato expreso de la ley, que no está supeditado al reconocimiento de la administración. De ésta manera, los asegurados que se encuentran inscritos en el D.L. N° 19990, hasta antes de la vigencia del D.L. N° 25967 y de la Ley N° 26323, y ya hubieran cumplido con los requisitos señalados por el D.L. N° 19990, tendrán derecho a la pensión correspondiente, en los términos y condiciones que el mismo establece, incluyéndose los criterios para calcularla.

12. El nuevo sistema de cálculo, se aplicará sólo y únicamente a los asegurados que con posterioridad a la dación del D.L. N° 25967, cumplan con los requisitos señalados por el régimen previsional del D.L. N° 19990, y no a aquellos que los cumplieron antes de la vigencia del citado D.L. 25967, por que de hacerlo, se estaría violentando la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993.

13. La Disposición Transitoria Unica es, por lo tanto, concordante con la Constitución Política, y no contraria a la misma, por cuanto la aplicación inmediata de las normas prescritas por el D.L. N° 25967, para los nuevos casos de jubilación que se presenten desde el momento en que se expidió la norma.

Derecho a la Pensión Nivelable y Violación de los Derechos adquiridos de los Pensionistas

14. Ambos extremos, a criterio de los demandantes, liberan de la responsabilidad del pago de las pensiones a la entidad en la que los pensionistas prestaron servicios y cesaron, lo que afecta su derecho a la pensión de cesantía nivelada.

15. Este Tribunal, considera, de acuerdo a lo expresado en el fundamento 10), que los derechos adquiridos por los pensionistas de los regímenes previsionales regulados por los Decretos Leyes N° 19990 y 20530, deben y tienen necesariamente que ser respetados por el legislador ordinario, por la sola voluntad del constituyente, quien así lo ha establecido en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993. En este extremo, el derecho adquirido de los pensionistas a una pensión nivelada, también debe ser respetado, por cuanto los regímenes previsionales de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530, así como sus normas modificatorias y complementarias son protegidas por la Primera Disposición Final y Complementaria de la Constitución vigente.

16. El artículo 7° del D.L. N° 25967, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 26323, establece: 1°) que la creación de la ONP, la que "asumirá la función de administrar el Sistema Nacional de Pensiones y el Fondo de Pensiones a que se refiere el Decreto Ley N° 19990"; 2°) que toda referencia al IPSS en relación al Sistema Nacional de Pensiones "deberá entenderse como referida a la ONP, incluyendo lo relativo a las facultades de cobranza coactiva que le corresponden de acuerdo a ley"; 3°) que "la ONP tendrá a su cargo la administración de los pagos de las pensiones de otros regímenes administrados por el Estado, los cuales deben ser señalados expresamente mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas"; y, 4°) que la ONP, es la encargada del cálculo, emisión, verificación y entrega de los "Bonos de Reconocimiento" a que hace referencia el artículo 9° del Decreto Ley 25897. Este artículo, es complementado por el artículo 2° de la antes referida Ley N° 26323,

el que señala que el objeto principal de la ONP es "la administración centralizada del Sistema Nacional de Pensiones y Fondo de Pensiones a que se refiere el Decreto Ley N° 19990, así como otros sistemas de pensiones administrados por el Estado".

Es así, que estos artículos establecen, como función principal de la ONP, la de "administrar", tanto el régimen del D.L. N° 19990, como los otros sistemas de pensiones administrados por el Estado, estos últimos a condición de que expresamente sean señalados por resolución suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas.

Las funciones administrativas de la ONP, respecto de los regímenes previsionales que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de su ley de creación, en ningún momento pueden lesionar los derechos adquiridos de los pensionistas, haciendo nuevamente la salvedad, que ello no conlleva la desnaturalización de nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto a que las normas son de aplicación inmediata, puesto que se trata de una situación de excepción, amparada expresamente por la Constitución del Estado.

17. Los demandantes arguyen que al pasar la administración del régimen previsional del D.L. N° 20530, a la Oficina de Normalización Previsional, perderán todo vínculo con la entidad en la que laboraron y cesaron, la que debe transferir a dicha institución los recursos necesarios para la atención de la planilla, dejando por tanto de tener una remuneración de referencia para efectos de la correspondiente nivelación.

Teniendo los pensionistas del régimen del D.L. N° 20530, derecho a una pensión nivelada, no pueden ser privados de manera indirecta de la misma, lo que ocurriría si al trasladarlos a la ONP, no se le provea a ésta de los recursos necesarios para el pago de las pensiones a las que está obligada. Esto ha sido interpretado correctamente por el Poder Ejecutivo, cuando dispone en el último párrafo del artículo 4° del Decreto Legislativo N° 817, que "cada entidad continúa manteniendo la responsabilidad del pago de las pensiones que les corresponde conforme a ley", luego de señalar que corresponde a la ONP, el reconocimiento y calificación de los derechos pensionarios legalmente obtenidos al amparo del D.L. N° 20530 y sus normas complementarias y modificatorias, así como los derivados de otros regímenes previsionales a su cargo.

Este Tribunal considera que de conformidad con el artículo 4° del Decreto Legislativo 817 se está trasladando sólo la administración de los diferentes regímenes pensionarios a cargo del Estado a la ONP, pero la responsabilidad del pago oportuno y nivelado de las pensiones continúa a cargo de las entidades en las que los pensionistas cesaron; debiéndose efectuar este pago a los pensionistas con la sola base referencial del ingreso mensual del servidor en actividad que desempeñe el último cargo en que cesó el pensionista, sin que la pensión nivelada así resultante pueda ser alterada por ningún tipo de cálculo actuarial.

Además, el derecho de los pensionistas, es el de percibir de parte del Estado la pensión que les corresponde, conforme al régimen previsional al que pertenecen, y no el de recibir la misma, de una entidad determinada; en este extremo, el régimen pensionario regulado por el D.L. N° 20530, ha sido modificado por el D.L. N° 25967, sin que ello conlleve la desprotección de los pensionistas frente al Estado, modificación que es perfectamente constitucional, toda vez, que la Primera

Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, busca la protección de los pensionistas del régimen de los D.L. N° 19990 y 20530, debiendo entenderse que ello se produce en cuanto al goce de la pensión, y no en cuanto a que entidad es la responsable del pago de la misma.

Es así, que la nueva entidad encargada de administrar los regímenes pensionarios a cargo del Estado, esto es, la Oficina de Normalización Previsional, está obligada a efectuar las nivelaciones de las pensiones, en las condiciones previstas por la ley, antes de la vigencia del Decreto Ley N° 25967 y de la Ley N° 26323.

18. En la medida que las transferencias de sistemas previsionales a la ONP, y el pago de las mismas se desarrollen en los términos expresados en la presente fundamentación, este Tribunal no considera que exista ninguna inconstitucionalidad; pero en el caso que las normas de creación, implementación y funcionamiento de la ONP, se apliquen para violentar los derechos adquiridos de los pensionistas, estamos ante violación flagrante de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

EXP. N° 0008-96-I/TC
MAXIMILIANO CÁRDENAS DÍAZ Y OTROS

CASO

Demandas de Inconstitucionalidad acumuladas por resolución de fecha veinte de diciembre de mil novecientos noventa y seis, interpuestas por 9,941 ciudadanos representados por Maximiliano Cárdenas Díaz y Jorge Bejar Rivera; 6,622 ciudadanos representados por Jesús Hermes Jerí Céspedes; 32 señores congresistas; 5,000 ciudadanos Cesantes y Jubilados de Enapu S.A. representados por Jorge Ruiz Juárez y Pedro Carrasco Narváez; 5,300 ciudadanos representados por Percy Rodríguez Mendoza; contra diversos artículos del Decreto Legislativo N° 817, Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado.

Admitidas por el Tribunal y acumuladas por resolución de fecha veinte de diciembre de mil novecientos noventa y seis, por cuanto los demandantes acreditaron su legitimación activa, corriéndose traslado al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo habiéndose designado como apoderados al Señor Congresista de la República Oscar Medelius Rodríguez - Acuerdo N° 179-96-I/MESA-CR- y al Doctor Fernando De Trazegnies Granda - R.S. 240-96-JUS-, respectivamente.

Los demandantes fundamentan el pedido de inconstitucionalidad de diversos artículos del Decreto Legislativo 817 bajo los siguientes argumentos comunes:

a) Argumentos de Forma

Se afirma que el contenido normativo incluido en el Decreto Legislativo N° 817, excede la materia específica que fue objeto de la delegación legislativa por parte del Congreso de la República. El Poder Ejecutivo ha transgredido el principio de

especificidad en materia de delegación legislativa consagrado en el artículo 104° de la Constitución Política del Estado dado que incluye contenidos normativos no autorizados por la ley de delegación N° 26557.

El artículo 20° del Decreto Legislativo 817 crea el Tribunal de Administración Pública atribuyéndose competencias legislativas que la Constitución reservaba en exclusiva al Congreso de la República, tal como lo señala el inciso 1) del artículo 102°;

Los artículos 26°, 27° y 28° legislan materia concerniente al ámbito de administración de justicia en tanto que establecen normas dirigidas a orientar la conducta funcional y la capacidad de los jueces para resolver cuestiones relacionadas al Decreto Ley 20530, imponiendo restricciones a la actuación de los jueces en las causas relacionadas con el citado decreto ley, restricciones que son materia de la Ley Orgánica del Poder Judicial; asimismo, la Segunda Disposición Complementaria modifica la mencionada Ley Orgánica y de conformidad con el artículo 101° inciso 4) y 104° de la Constitución, no pueden delegarse materias relativas a las leyes orgánicas;

La Segunda Disposición Complementaria al facultar a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial a crear las instancias judiciales especializadas necesarias para la aplicación del Decreto Legislativo, modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Novena Disposición Complementaria deroga la Ley N° 10772 y demás normas complementarias relativas al régimen previsional que corresponde a los ex-trabajadores de las ex-Empresas Eléctricas Asociadas (ex - ELECTROLIMA) y de la Compañía Nacional de Tranvías, llegando a declarar -con pretendidos efectos retroactivos- nulos y sin valor legal, los acuerdos y resoluciones que extendieron los alcances de la indicada ley.

Además se excede la delegación cuando elimina el plazo de prescripción legal establecido por el artículo 110° del Texto Unico Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos para que el Estado anule sus propias resoluciones.

La Ley autoritativa faculta a que se legisle en la imposición de un tope máximo a las pensiones comprendidas en el Decreto Ley 20530; sin embargo, el Decreto Legislativo 817 creó una nueva e integral ley previsional, incluso la denominó "Ley del Régimen Previsional a Cargo del Estado", la cual recrea toda la legislación en materia previsional, desconociendo por completo las leyes anteriores que están respaldadas por la actual Constitución en su Primera Disposición Final.

El Procurador Ad-hoc del Poder Ejecutivo señala:

En cuanto al artículo 20° del Decreto Legislativo 817 que crea el Tribunal de Administración Pública, precisa que las facultades delegadas no están circunscritas en términos de poderes o sectores del Estado sino a una materia respecto de la cual se pueden dar normas que regulen diversos aspectos o sectores, es una mera instancia administrativa que permite un mejor conocimiento de la situación conflictiva cuyas decisiones pueden ser siempre discutidas ante el Poder Judicial. No se ha establecido jurisdicción sino solamente una forma administrativa de dar mejor atención a los reclamantes.

En cuanto a los artículos 26º, 27º y 28º de los cuales se afirma que legislan materia concerniente al ámbito de administración de justicia y debieron ser tratadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial puesto que no se trata de materia delegable; en relación al artículo 26º, se trataría en todo caso de una redundancia dado que los jueces siempre deben resolver de acuerdo a la Constitución y a las leyes; al artículo 27º los impedimentos de los jueces están normados por el Código Procesal Civil que no es una ley orgánica, agregar este impedimento no es violar la autonomía e independencia del Poder Judicial sino por el contrario asegurarlas, la norma citada no está modificando los requisitos para ser juez sino simplemente crea una presunción de interés de parte en el proceso y, por consiguiente establece un impedimento más para conocer ciertos casos. Todo lo que se hace es añadir un impedimento a los que contemplan los artículos 305º y 307º del Código Procesal; al artículo 28º éste se limita a las exigencias presupuestales, nadie puede pretender que el Estado pague al margen del Presupuesto. De manera que legislar sobre este punto es facilitar la aplicación y el funcionamiento eficiente del régimen de pensiones.

Respecto a la Segunda Disposición Complementaria se aduce que incursionaría en el área de la Ley Orgánica al facultar a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial para crear instancias especializadas. En este punto no estamos ante una competencia exclusiva de una ley orgánica, y no podemos estarlo porque si el propio Poder Judicial no pudiera crear en su interior salas especializadas y requiriera cada vez una modificación de su Ley Orgánica para hacerlo, no habría manera de organizar seriamente la administración de justicia; es por ello que la propia Ley Orgánica facultó en su artículo 80º inciso 18) a la Sala Plena de la Corte Suprema para crear y suprimir Distritos Judiciales, Salas y Juzgados, cuando así lo requiera para la rápida y eficaz administración de justicia. La misma Ley orgánica, en su artículo 82º incisos 28) y 29) establece como atribuciones del Concejo de Gobierno del Poder Judicial las de proponer a la Sala Plena la creación de Salas Superiores y la creación y reubicación de Salas y Juzgados especializados. Estas facultades fueron más tarde encargadas a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial en virtud de la Ley N° 26546, por todo ello no existe ningún impedimento legal para que el Decreto Legislativo 817 inste al Poder Judicial para ejercer esas facultades y proceda a crear instancias para resolver mas rápidamente y mejor los casos de previsión social. El Decreto Legislativo se limita a ratificar esa facultad que ya tenía por efecto de su propia Ley Orgánica y demás disposiciones sobre la materia.

En lo que respecta a la Novena Disposición Complementaria que deroga la Ley N° 10772 se trata de una materia directamente comprendida en la facultad legislativa y no puede ser objetada. Sus efectos no son hacia el pasado sino hacia el futuro: a partir de la fecha no se admiten nuevas incorporaciones a ese régimen. No cabe duda que quienes estaban incorporados desde antes y tenían un derecho legalmente adquirido, lo mantienen sin problema alguno.

Respecto al plazo de prescripción establecido en el artículo 110º de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, cabe precisar que no es una norma constitucional; por consiguiente, la supresión de ese plazo en una cierta área de la actividad administrativa del Estado no constituye per se violación constitucional

alguna, la mencionada ley tampoco es ley orgánica, por lo que su modificación para un aspecto específico dentro del área de materias delegadas no se encuentra prohibida por el segundo párrafo del artículo 104° de la Constitución.

El apoderado del Congreso señala que:

La Ley N° 26557 señala como materia específica de la delegación el régimen de pensiones, aplicable al personal de los organismos e instituciones de los volúmenes de 1 al 6 de la ley de presupuesto, señalando además que ese régimen debe establecer como tope el sueldo de un Congresista, por lo tanto y como puede apreciarse en el Decreto Legislativo 817, al normar el régimen previsional de todo el personal activo y cesante de todos los organismos regulados por la Ley General de Presupuesto no ha desbordado la ley autoritativa, se ha mantenido en la materia precisa sobre la que se le otorgaron facultades, por lo tanto, en ese extremo la ley cuestionada es absolutamente constitucional.

En cuanto al artículo 20° del Decreto Legislativo 817 que crea el Tribunal de Administración Pública, éste forma parte del sistema previsional, esto es del régimen de pensiones, no es exactamente un órgano jurisdiccional sino que reemplaza al anterior "Tribunal del Servicio Civil", es la "última instancia administrativa respecto de las reclamaciones y controversias que versen sobre derechos y deberes previsionales de los servidores públicos", si no existiera, los servidores públicos que se rigen por la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, caerían en una indefensión de sus derechos frente a su empleador, esto es el Estado.

Respecto a los artículos 26°, 27° y 28° de los cuales se afirma que legislan materia concerniente al ámbito de administración de justicia, son perfectamente constitucionales, no legislan sobre aspectos del ámbito judicial, no violan los principios y derechos de la función jurisdiccional; en relación al artículo 26°, es señalar una responsabilidad más a las ya contenidas en el artículo 201° del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que no implica modificarla sino tomar como base el inciso 10) del referido artículo. Además, el artículo 26° precisa el delito que se cometería al violar esta responsabilidad, debido a que el artículo 200° de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece en su segundo párrafo que los miembros del Poder Judicial "son igualmente responsables por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones"; el artículo 27° tiene como sustento el inciso 7) del artículo 196° y el inciso 10) del artículo 177° del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial estableciendo una prohibición más a los Magistrados que las ya contempladas, una incompatibilidad adicional.

En lo que respecta a la Novena Disposición Complementaria está dictada en el marco de las facultades delegadas, porque parte de la función legislativa es la de modificar o derogar normas de igual o menor rango constitucional que estén directamente vinculadas a la materia que se está legislando.

Al artículo 109° de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos señala que en cualquiera de los casos enumerados en el artículo 43° relativo a la nulidad de pleno derecho de actos administrativos dictados de manera contraria a la Constitución y a las leyes, y los que contengan un imposible jurídico, podrá declararse

de oficio la nulidad de resoluciones administrativas, aún cuando éstas hayan quedado consentidas, siempre que agraven el interés público, con lo que se acredita que el Decreto Legislativo 817 no es inconstitucional, pues el procedimiento de declaración de nulidad por parte del Estado, sin término de prescripción, se encontraría recogido en la mencionada ley de procedimientos administrativos; de igual forma no opera el término de prescripción de seis meses establecido en el segundo párrafo del artículo 110º, pues al concordarlo con el artículo 109º, el referido término no se aplica cuando de por medio existen dispositivos que agravan el interés público.

b) Argumentos de Fondo:

1.- Viola el Derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación

El artículo 1º del Decreto Legislativo 817 viola ambos principios, recogidos en el artículo 2º inciso 2) de la Constitución, excluye de estas mismas reglas a pensionistas de otros regímenes previsionales también a cargo del Estado, como aquellos sujetos al régimen de pensiones del personal de las Fuerzas Armadas y Policiales, Decreto Ley N° 19486 y normas conexas.

Viola el principio de que una pensión ya otorgada, no puede anularse por mero acto unilateral de la ONP sino por una sentencia judicial, de conformidad con el artículo 174º de la Constitución referida a pensiones militares, norma que se aplica por analogía ya que si existe la misma razón existe el mismo derecho, que no tiene que ser diferente para el caso de los pensionistas civiles, salvo que pretenda construir y/o promover una diferencia por razón de las personas.

Una interpretación analógica del artículo 174º no solo es coherente sino que está además respaldada por el artículo 3º de la Constitución, el mismo que posibilita reconocer el derecho a la seguridad jurídica que no se concede expresamente al pensionista civil frente a la seguridad jurídica que sí se concede al pensionista del régimen militar. Adicionalmente el artículo 139º inc 9) de la Constitución permite extraer una protección en ese sentido, ya que contrario sensu sino se puede aplicar por analogía una norma que restrinja un derecho, la analogía si es posible cuando por el contrario la norma se orienta a reconocer, proteger, o incluso llega a ampliar, como es precisamente este caso, la esfera de seguridad jurídica del derecho pensionario ya otorgado.

2.- Se viola el Principio de Irretroactividad de las Leyes y los Derechos Adquiridos de aquellos Pensionistas sujetos al Régimen del Decreto Ley 20530

a) Retroactividad

Al pretender la aplicación de las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 817 a hechos, situaciones y relaciones jurídicas producidas antes de su entrada en vigencia, entra en franca colisión con el precepto constitucional contenido en el artículo 103º de la Constitución.

El principio constitucional de la irretroactividad de una ley contiene la prohibición de no aplicar una ley nueva a hechos y/o supuestos agotados o consumados con anterioridad a dicha ley, nacidos u ocurridos bajo el amparo y esfera de la aplicación

de la ley antigua. El mandato es claro y su aplicación no admite dudas en su ejecución; sin embargo el tercer párrafo del artículo 4º ordena que los derechos otorgados con anterioridad a la vigencia de dicha ley se sujetan a lo dispuesto por dicho dispositivo legal y a los estatutos de la ONP. No hay término medio cuando se trata de aplicación en el tiempo de la ley: o rige hacia el futuro como manda la Constitución, o rige hacia el pasado como lo establece el tercer párrafo del artículo 4º. En este caso no se trata de aplicación inmediata de la ley, pues ello significaría que la nueva ley debe aplicarse sobre los hechos que ocurran durante su vigencia, pero no sobre hechos ya agotados o consumados con anterioridad, los cuales incluso han originado derechos ya obtenidos bajo las condiciones exigidas por las leyes anteriores vigentes inmediatamente a su ocurrencia.

b) Derechos Adquiridos

La Constitución en su Primera Disposición Final y Transitoria recoge la tesis de los derechos adquiridos, calificados en la doctrina como aquellos que "han entrado en nuestro patrimonio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos"; al dictarse la mencionada norma constitucional se quiso establecer de forma indubitable que, cualquier régimen posterior no podría, en modo alguno poner en cuestión los derechos obtenidos por servidores públicos o por los trabajadores privados. El Decreto Legislativo, eludiendo la mencionada norma, contiene en sus artículos 4º, 5º, 8º, 12º, 13º; asimismo los artículos 7º, 9º, 10º y Sexta Disposición Complementaria incurren en evidente violación. Peor aún, y a pesar que por mandato expreso del inciso 2) del artículo 26º de la Constitución se plantea la posibilidad en los artículos 8º y 10º de que un trabajador activo sujeto al D.L. 20530 regule o "venda" dicho derecho para ser incorporado al Sistema Privado de Pensiones.

El artículo 4º confiere a la ONP la atribución para recalificar expedientes relativos a derechos previamente adquiridos y más aún señala que tal facultad es imprescriptible. Tal irrestricta potestad, genera en el beneficiario una inmensa inseguridad, pues una situación definitiva se torna en una amenaza permanente en su contra.

El artículo 5º al definir como derechos legalmente obtenidos los que a criterio del Poder Ejecutivo lo son, desconoce resoluciones judiciales ejecutoriadas; atentando contra el principio de la cosa juzgada que norma el artículo 139º inciso 2) de la Constitución Política del Estado. Como norma declarativa de nulidad se encuentra contra lo establecido en la Constitución, pues un derecho adquirido y que se disfruta no puede ser desconocido, sin que la autoridad judicial lo haya declarado así mediante resolución firme y consentida.

El artículo 8º, norma de gran trascendencia dado que afecta los derechos adquiridos de los pensionistas y trabajadores, crea el "Registro 20530" a cargo de la ONP, en el que se obliga a inscribirse a los pensionistas y trabajadores activos sujetos a dicho régimen previsional. Teniendo dicho registro carácter constitutivo vulnera el derecho de los pensionistas que no puedan presentar la documentación pertinente. Esta inscripción tiene por finalidad la calificación y reconocimiento de los derechos legalmente adquiridos por esos servidores, para lo cual deberán presentar la documentación necesaria a la ONP, dentro del plazo, forma y condiciones que se

establecerá por Decreto Supremo; la norma dispone que la presentación de la documentación o información falsa determinará la pérdida automática de los derechos previstos en el referido régimen, sin perjuicio de la aplicación de las penalidades señaladas por la ley.

Los artículos 12° y 13° ratifican la posible caducidad de los derechos pensionarios, sujetándolos a un trámite administrativo, cuando, de acuerdo al mandato constitucional los mismos se reconocen, sin condicionamiento alguno. El artículo 12° señala que el beneficiario del régimen del Decreto Ley 20530 que no haya solicitado su inscripción en el plazo señalado, perderá el derecho al pago de su pensión; la inscripción en el Registro constituye un mecanismo de revisión administrativa de los derechos pensionarios adquiridos, pues conforme al artículo 13° del Decreto Legislativo 817, la ONP sólo inscribirá a los pensionistas "una vez comprobados sus derechos legalmente obtenidos". En tal caso, les emitirá una Constancia de Reconocimiento de Derechos (CRD), que constituirá la única certificación válida de derechos previsionales dentro del régimen del DL 20530.

c) Se viola el derecho a una pensión de cesantía nivelable - topes

El segundo párrafo del artículo 7° atenta contra lo dispuesto en la Primera Disposición Final de la vigente Constitución, dado que ésta no solo se refiere a lo normado por el Decreto Ley 20530, sino al conjunto de normas modificatorias, ampliatorias que se han dictado, desde que éste se promulgó, entre éstas se encuentra la Ley N° 23495 y su reglamento, el Decreto Supremo 0015-83-PCM, normas que regularon el derecho a la nivelación y homologación que tienen las pensiones que perciben los cesantes comprendidos en el D.L 20530, ley dada dentro del marco establecido por la Octava Disposición Transitoria de la Constitución de 1979 que en forma genérica preveía este derecho, dejándolo regulado por ley especial. Es así como la Ley N° 23495 fijó como únicos requisitos para que la pensión goce de nivelación que: a) se determine el cargo u otro similar al último cargo que prestó servicios el cesante o jubilado; y b) se efectúe con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías. No se estableció ningún requisito más; sin embargo, el Decreto Legislativo 817° introduce nuevos requisitos, además de los ya previstos, que son de difícil, sino de imposible cumplimiento, como que se practique la nivelación y homologación, el cesante sea: a) de igual régimen laboral -como el actual gobierno se ha dedicado a transferir al sector privado todo su aparato empresarial, o a variar el régimen existente en tales empresas. de público a privado, es de suponer que llegado el momento no va a existir la condición de trabajador activo público que permita tomarse como índice comparativo para nivelar las pensiones de los cesantes.- b) de igual régimen previsional -lo que significa que el trabajador activo debe pertenecer necesariamente al régimen del DL 20530 y no a otro régimen previsional, a fin de que sirva como pauta de nivelación de pensiones.- c) de igual entidad; ampliar los requisitos que fueron establecidos por la ley N° 23495 y que están consagrados en la Primera Disposición de la actual Constitución hasta volver imposible la nivelación homologación de la pensión, es atentar en forma frontal con la referida norma constitucional, pues se busca que las pensiones queden congeladas en el monto y en el tiempo, creando así un mecanismo de nivelación relativa.

El mismo precepto indica que si ello no es posible, se aplicará un mecanismo de reajuste de las pensiones que queda sujeto al arbitrio, libre y exclusivo, de la ONP, siempre y cuando observe los principios de equidad y equilibrio presupuestal, la disponibilidad de recursos, las conclusiones de los estudios actuariales que realice y la opinión favorable de las Direcciones Generales del Presupuesto Público y del Tesoro Público, pudiendo establecer límites no determinados por la ley.

El Decreto Ley 20530 y la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 otorga a quienes han prestado servicios al Estado durante mas de 20 años, el derecho a una pensión de cesantía nivelada con los haberes de los trabajadores en actividad de las respectivas categorías.

La Constitución de 1993 ha consagrado, además, el respeto a los derechos adquiridos en materia pensionaria con lo establecido en su Primera Disposición Final y Transitoria; este principio se aplica a los casos de sucesión normativa peyorativa o de derogación de una norma a cuyo amparo se obtuvo una condición mas beneficiosa que la establecida o suprimida por una norma posterior y consiste en que el titular del derecho o beneficio adquirido en virtud de la norma derogada, lo conservará, no siéndole aplicable la norma posterior peyorativa o menos beneficiosa; por consiguiente, de acuerdo con la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Vigente la octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 y las normas legales y reglamentarias, bajo las cuales los pensionistas del régimen del Decreto Ley 20530 adquirieron su derecho a pensión renovable y nivelada, tienen efectos ultractivos para dichos pensionistas, siendo, por ello, aplicables para todo lo concerniente al contenido, alcances y, en general, el ejercicio de aquel derecho.

La Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 confiere jerarquía constitucional al derecho de los pensionistas del Estado a la Pensión homologada y nivelada, modificando las condiciones y requisitos para su adquisición establecidos por el Decreto Ley 20530, y deroga la posibilidad de imponer un tope a dichas pensiones en las leyes anuales de presupuesto, previsto por el artículo 57° de dicha ley; en otras palabras: la unida de medida y referencia obligatoria para determinar la pensión del cesante es la remuneración del servidor en actividad, y el derecho de aquel consiste en que el monto de su pensión sea igual a la remuneración de éste, debiendo, a tal efecto, incrementarse, cada vez que se reajuste ésta. En tal sentido, el único límite o TOPE a que puede sujetarse la pensión de cesantía es el que resulta del monto de la remuneración del trabajador activo, ya que, obviamente, aquella no puede ser superior a esta. Pero, tampoco, inferior, pues la ley, establece que deben ser iguales.

Si bien el artículo 57° del Decreto Ley 20530 determinó que por ley del presupuesto nacional se podía imponer topes a las pensiones, también es el hecho de que con la Ley 23494 esta disposición quedó "inoperativa" al disponer la norma legal en comentario que las pensiones con más de 20 años de servicios, gozaban del derecho de nivelación y homologación, que significa que la pensión del cesante debe ser igual a la remuneración de un trabajador activo, con lo que se indica expresamente que el único tope existente a la promulgación de la Constitución de 1993, era el sueldo de un

trabajador activo del mismo cargo y categoría que tuvo el jubilado al cesar. Por lo que para modificar, este mandato necesariamente se tendría que recurrir a la reforma constitucional observando los mecanismos que la Carta Magna establece.

3. Se viola el principio Constitucional de Cosa Juzgada y el Principio de Definitividad de las Resoluciones Administrativas.

Prescripción - cosa juzgada

El artículo 4º del Decreto Legislativo 817:

1) concede facultades extraordinarias a la Oficina de Normalización Previsional (ONP) para declarar la nulidad administrativa de derechos que, como las pensiones sólo pueden retirarse por sentencia emanada de órgano jurisdiccional competente, tal y conforme lo establece el artículo 174º de la Constitución, principio aplicable analógicamente a los pensionistas de los demás regímenes pensionarios a cargo del Estado;

2) establece que la ONP tiene facultades "imprescriptibles" para declarar nulos "de pleno derecho" los actos que hubieren reconocido en el pasado derechos pensionarios en el marco de la 20530; sin embargo y de acuerdo a lo establecido por el artículo 139º inc. 13) de la Constitución, la prescripción produce los efectos de cosa juzgada, esto significa que cualquier acto público o privado o resolución administrativa o judicial que otorgue o reconozca un derecho, y que no sea cuestionado en el plazo de ley, no puede ser posteriormente cuestionado o modificado porque entonces se estaría violando los efectos de inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad de la cosa juzgada, establece además la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada;

3) ignora lo dispuesto en el artículo 2001º inciso 1) del Código Civil que establece que "la acción de nulidad de los actos jurídicos en sede judicial prescribe definitivamente a los 10 años de producidos éstos", cuanto el artículo 110º del Decreto Ley 26111 o Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos que establece que, en sede administrativa, el plazo de prescripción de esta misma facultad para anular las resoluciones prescribe a los 6 meses de ser expedidas éstas, si de lo que se trata es de modificar las normas vigentes al respecto en el Código Civil o en la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, el Poder Ejecutivo habría excedido nuevamente la materia específica de la delegación legislativa por parte del Congreso, lo que acarrearía su inconstitucionalidad.

4) Esta facultad imprescriptible atenta contra la intangibilidad de los derechos adquiridos. Tal irrestricta potestad genera en el beneficiario una inmensa inseguridad, pues una situación definitiva se torna en una amenaza permanente en su contra.

La cosa administrativa que causa estado, no puede volver a ser revisada en sede administrativa, sólo lo puede ser en la vía judicial, nadie se opone a que las incorporaciones al régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 que hayan sido en contravención a normas expresas, sean declaradas nulas; lo que es ilegal y abusivo es que sea la sede administrativa, la ONP, quien lo dictamine, resuelva y ejecute la

nulidad, el Poder Judicial como órgano del Estado encargado de resolver, si el acto de incorporación es nulo o no, lo que significa que las partes sean oídas, aporten sus pruebas y hagan uso de los recursos impugnativos que la ley procesal les franquea y que luego de todo ello, se resuelva la controversia.

El derecho legalmente obtenido, solo puede ser declarado nulo conforme a lo dispuesto por el artículo 43° del TUO de la ley de normas generales de procedimientos administrativos, que establece las causales que vician de nulidad de pleno derecho a los actos administrativos, estando la autoridad administrativa facultada para obrar de oficio, incluso cuando las resoluciones respectivas hubieren quedado consentidas. No obstante esta facultad esta sometida a un plazo de prescripción que el artículo 110° de la misma norma señala en 6 meses a partir que las resoluciones administrativas hayan quedado consentidas; vencido este plazo, la administración carece de facultad para declarar la nulidad de sus propias resoluciones, debiendo acudir al poder judicial para obtener dicho pronunciamiento, cuando el interés público haya sido agraviado.

La facultad dada a la ONP para declarar de oficio, la nulidad de las incorporaciones y reincorporaciones al régimen del Decreto Ley 20530, que a su criterio se hayan producido con infracción a la ley y el Decreto Legislativo 763 y que dicha facultad sea imprescriptible vulneran el artículo 148° de la Constitución que reconoce el principio de definitividad de las resoluciones administrativas al señalar que "las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso administrativa" esta norma que no diferencia entre la impugnación deducida por el ciudadano o la administración, acredita que nuestra carta política descarta la posibilidad de la "provisionalidad" o "no definitividad" de los actos y resoluciones administrativas; por otro lado se vulnera, además, el principio de irretroactividad de la ley consagrado en el artículo 103° de la Constitución, al darle dicho efecto a la ley, toda vez que las resoluciones administrativas de reconocimiento de servicios y otorgamiento de pensión, no pueden ser anuladas o revocadas una vez transcurrido el plazo de prescripción para que la Administración ejerza esa facultad, el cual, según el artículo 110° del TUO de la Ley de Normas Generales de Procedimientos administrativos es de seis meses.

4.- Violación a los principios y derechos que corresponden a la función jurisdiccional

El Artículo 26° viola la independencia del Poder Judicial consagrada en el artículo 139° inciso 2) dado que prohíbe a los jueces expedir resoluciones judiciales que "contravengan las normas y principios establecidos en la presente ley bajo responsabilidad de incurrir en el delito tipificado en el artículo 418 de CP. Se ordena que ningún juez puede resolver contra lo dispuesto en dicho DL bajo sanción (o amenaza) de ser destituido y procesado penalmente; asimismo el precitado artículo constitucional establece que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones, esto es concordante con lo establecido en el artículo 4° del D.L 757, Ley Orgánica del Poder Judicial.

La mencionada norma es redundante en la medida que su contenido no constituye una novedad en el sistema jurídico peruano. Es obvio que la inclusión de este artículo constituye una presión sobre los magistrados, a fin que no hagan uso del control difuso de constitucionalidad, consagrado en el artículo 138° de la Constitución. Dicha disposición constituye una interferencia del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial con la clara intención de limitar el control de constitucionalidad que los jueces deben de ejercitar sobre las leyes. La norma constituye una imposición de criterios imperativos a los jueces para la aplicación de la ley, dando aparente prioridad al DL sobre la propia constitución vulnerando el artículo 51° de la Constitución.

El artículo 27° del Decreto Legislativo viola artículo 139° inc. 2) de la Constitución, cuando se prohíbe a los jueces actuar o conocer en procesos relacionados a la aplicación del régimen pensionario del Estado por el solo hecho sean sujetos de la 20530 o que lo estén su cónyuge o ascendientes, establece causales de incompetencia que no han sido previstas en la ley orgánica ni en CPC, mucho menos por la ley autoritativa 26557. Se presume que si el juez no es retirado del proceso prevaricará viola la autonomía e independencia del Poder Judicial y el derecho a la tutela judicial efectiva; asimismo viola el principio constitucional de coordinación entre los órganos de poder, traducido entre otros, en el mandato constitucional de que el ejecutivo debe cumplir y hacer cumplir las resoluciones judiciales.

El artículo 28° interfiere en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y retraso en la ejecución de las sentencias, retarda el cumplimiento de las sentencias que se encontraban pendientes de ejecución, disponiendo que las mismas sólo se cumplirán a partir del año siguiente. La 1era. Disposición ordena la suspensión de los procesos judiciales en tanto que la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial establezca los procedimientos pertinentes. Estas Disposiciones vulneran el artículo 139° inc 2). El texto de este artículo y segundo párrafo de la 1era. disposición complementaria del DL difieren ejecución de los procesos y eventualmente desconocer las decisiones judiciales si luego el derecho pensionario reconocido recalificado negativamente por la ONP y en consecuencia anulado.

Primera Disposición Complementaria constituye un atentado contra el debido proceso, viola este principio regulado por el inc 3) del artículo 139° de la Constitución, este principio implica que la causa sea resuelta ante el órgano jurisdiccional permanente del Estado, legítimamente constituido. Se trata del derecho de las personas a ser juzgadas dentro de la jurisdicción que con anterioridad ha previsto la ley. Se veda el nombramiento de los tribunales con posterioridad al hecho - ex post facto- para juzgar determinadas causas así como proscribire el juzgamiento por comisiones nombradas especialmente para el caso o delegación. Igualmente, no pueden establecerse procedimientos distintos a los previamente establecidos por la ley.

El Decreto Legislativo desvía los procesos del juez natural. El derecho al juez natural - aquel que determina enfáticamente que nadie puede ser desviado de la justicia ordinaria, natural que conforme a la ley de la materia corresponda de modo previo y objetivo.

La Segunda Disposición Complementaria faculta a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial a crear instancias judiciales especializadas para la aplicación del DL. Ambos dispositivos modifican la LOPJ; de conformidad con el artículo 101º inc. 4) y 104º de la Constitución, no pueden delegarse materias relativas a las Leyes Orgánicas.

El Procurador Ad-Hoc nombrado por el Poder Ejecutivo y el apoderado del Congreso de la República al absolver el traslado de la demanda afirman que:

1.- Con respecto a la violación de los derechos a la igualdad ante la ley y no discriminación

El Procurador Ad-hoc del Poder Ejecutivo señala:

Esta observación no se orienta a declarar la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 817 sino, más bien, a promover que se incluya a policías y militares a fin de equipararlos a las restricciones porque ellos serían, a juicio de los demandantes, unos privilegiados, los demandantes deben tener presente que el principio aludido es de igualdad "ante" la ley y no el de igualdad de leyes. La Constitución, recogiendo un sagrado principio democrático del Estado de Derecho, exige que la misma ley sea aplicada a todos de la misma manera; pero no que todos tengan la misma ley.

Lo que violaría el principio de igualdad ante la ley es que el Decreto Legislativo 817 se aplicara de una forma a unos y de otra forma a otras (la misma ley) sin que existan diferencias en las situaciones en que unas y otras personas se encuentran.

Los demandantes consideran que la diferencia entre el régimen pensionario policial -militar y el régimen estatal de pensiones no respeta el principio de igualdad ante la ley, importa destacar aquí que el principio aludido es el de igualdad "ante" la ley y no igualdad de leyes-, cabe precisar que la analogía está completamente fuera de lugar ya que la norma del artículo 174º se refiere a una situación concreta, perfectamente delimitada por la Constitución y que no puede ser ampliada a otros campos que ella no contempla, no hay desigualdad alguna sino leyes diferentes para situaciones diferentes. La objeción de los demandantes parece dirigirse contra la Constitución en este caso, antes que contra el Decreto Legislativo.

El apoderado del Congreso señala que:

No se violan los principios derechos constitucionales de igualdad ante la ley y no discriminación, el hecho de que coexistan dos sistemas especiales uno para el personal militar y policial y otro para los comprendidos en el régimen del Decreto Ley N° 20530, no significa que se esté legislando con desigualdad, cada uno de ellos tiene un fondo distinto uno administrado por la Caja Militar Policial y otro por el Tesoro Público, por lo demás estos sistemas han coexistido con anterioridad al Decreto Legislativo 817.

La Constitución Política prevé un régimen especial para el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, por el cual se regulan por sus propias leyes, de conformidad con el artículo 168º de la Carta Fundamental; en cuanto al artículo 174º de la Constitución, es de resaltar que alude a la equivalencia de pensiones entre

oficiales de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, "no estableciendo ninguna atingencia a desigualdad legal entre civiles y militares".

2.- Respecto al Principio de Irretroactividad de las leyes, a la intangibilidad de los derechos adquiridos, la imposición de topes

Procurador Ad-hoc del Poder Ejecutivo

a) Retroactividad

El Decreto Legislativo 817 no viola la garantía constitucional de la irretroactividad de las normas, la objeción de los demandantes está vinculada al llamado respeto de los derechos adquiridos.

La pretendida violación constitucional argüida se refiere a la facultad de la ONP para revisar los expedientes sobre reconocimiento y calificación de los derechos pensionarios correspondientes al régimen del Decreto Ley N° 20530 y abrir un registro en el que deberán inscribirse todos aquellos que tengan derechos legalmente adquiridos, se afirma que esta facultad incurre en retroactividad y, por consiguiente, se viola los derechos adquiridos de los pensionistas, en tal caso llama la atención la defensa de los demandantes de los derechos fraudulentos, porque es preciso señalar que los derechos legalmente adquiridos nadie los discute y se seguirán gozando sin problema.

b) Derechos Adquiridos

Con relación a los derechos adquiridos, es verdad que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente establece que todo nuevo régimen social obligatorio en materia de pensiones no puede afectar los derechos que correspondan conforme a los Decretos Leyes 19990 y 20530; sin embargo cabe destacar que el Decreto Legislativo 817 no crea un nuevo régimen social pensionario sino que se limita a consolidar, concordar y establecer normas de control de la legalidad del otorgamiento de beneficios del Decreto Ley 20530 y normas complementarias. Por consiguiente, no estamos ante el supuesto de la Primera Disposición Final y Transitoria, sin embargo, si este fuera el caso su simple lectura muestra que los demandantes olvidan algo esencial: esta norma no reconoce todos los derechos pretendidamente adquiridos conforme a los Decretos Leyes 19990 y 20530 sino solo aquellos que lo hayan sido legalmente. Por consiguiente, hay dos condiciones a tal reconocimiento: que hayan sido obtenidos y que lo hayan sido legalmente.

c) Se viola el derecho a una pensión de cesantía nivelable sin topes:

Cabe señalar que el tope -al que hace referencia la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817- ha sido determinado por la ley 26557, expedida por el Congreso, en el inciso tercero de su artículo 2º. Por consiguiente, dado que la demanda se dirige contra el 817 y no contra la ley 26557 -cuya constitucionalidad no ha sido objetada-, el Tribunal no puede pronunciarse sobre esa materia.

Si pese a ello el Tribunal juzgara que este punto es materia de la presente acción, cabe anotar que carece de todo fundamento. Los demandantes fundamentan su posición en una aplicación anacrónica de los mandatos constitucionales y en una interpretación

distorsionada de la teoría de la irretroactividad. Ante todo se pretende invocar la Constitución de 1979 para fundamentar derechos hoy en día, cuando hace más de tres años nos rige una nueva Constitución y la de 1979 está derogada, una ley derogada ya no es ley, por consiguiente, no se puede incoar una norma que legalmente ya no es norma para pretender la ilegalidad de otra norma que si lo es. Pero además la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 ni siquiera forma parte del cuerpo permanente de la misma sino que regula situaciones relativas al cambio entre esa Constitución y la de 1936; lo que carece de toda vigencia actualmente.

Por último, la citada norma dispone que el llamado derecho de nivelación rige sólo por el término de 10 ejercicios, a partir del 1º de enero de 1980. Por consiguiente desde el 1º de enero de 1990 -es decir, tres años antes de la entrada en vigencia de la actual Constitución- el valor constitucional de esa regla que ordenaba la nivelación ha caducado por mandato de la misma Constitución que le dio origen y que estaba vigente hasta después que tal derecho constitucional desapareció.

El Apoderado del Congreso:

a) Derechos Adquiridos

El objeto materia del derecho laboral es diferente del de Derecho Previsional, el derecho de trabajo es el conjunto de normas destinado a regular la relación jurídica por la cual una persona natural denominada trabajador, se obliga libremente a ejecutar una obra o a prestar un servicio a otra persona natural o jurídica llamada empleador, bajo su dirección o dependencia, mediante el pago de una remuneración periódica; de otro lado el Derecho a la Seguridad Social es el conjunto de normas destinado a regular los esfuerzos de una sociedad, con la finalidad de prevenir los riesgos sociales y reparar sus efectos, para ello se exige el cumplimiento estricto de las formalidades establecidas a fin de acogerse o beneficiarse con las prestaciones provenientes de la seguridad social.

Nuestra actual Constitución recoge este criterio en su Primera Disposición Final y Transitoria, por tal razón que la Décima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 precisa que los aspectos relativos a regímenes previsionales en general, no son de naturaleza laboral sino de seguridad social.

Respecto de la teoría de los derechos adquiridos cabe anotar que no tiene fundamento constitucional, es decir ni la actual Constitución Política de 1979 ni la vigente carta la recogen, lo que sucede es que se relaciona erróneamente la teoría de los derechos adquiridos con el artículo 57º de la primera o el artículo 26º inciso 2) de la Constitución actual, referida a la irrenunciabilidad de derechos reconocidos por la Constitución y la ley en favor de los trabajadores, teoría que por lo demás constituye principio de derecho laboral.

Lo que propugna la teoría de los derechos adquiridos, es que la norma, bajo la cual el derecho se incorporó al patrimonio personal, continúe rigiendo aunque en el trayecto exista un momento en que la norma es derogada, teoría que no se aplica al caso concreto de las incorporaciones al Régimen Previsional del Decreto Ley 20530 y demás modificatorias, toda vez que dichas incorporaciones se efectuaron

contraviniendo la ley; en consecuencia, nuestro sistema jurídico no adopta la teoría de los derechos adquiridos, sino la de los Hechos Cumplidos tal y como lo reconoce el artículo III del vigente Código Civil, según la cual la ley tiene aplicación inmediata a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, entendiéndose como tal las existentes al momento que ella entra en vigor. En consecuencia la nueva ley empieza a regir las consecuencias de las relaciones jurídicas preexistentes.

La primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente no se refiere a los actuales regímenes sociales como son los normados por el Sistema Nacional de Pensiones Decreto Ley 19990 y el régimen cerrado del Decreto Ley 20530 y el Régimen del Decreto Ley 19846, Régimen de pensiones del Personal Militar y Policial, sino a nuevos regímenes sociales distintos a los antes mencionados; el Decreto Legislativo no crea un nuevo régimen pensionarios, lo contrario, esto es, que si lo crea; resulta contradictorio lo sostenido por los actores, pues de considerar que el Decreto Legislativo propone un nuevo régimen social, la acción de inconstitucionalidad, estaría basada únicamente en la violación de esta Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución y no en la supuesta inconstitucionalidad del contenido del todo el Decreto Legislativo 817; lo que hace esta Disposición es establecer que los derechos sociales deben ser legalmente obtenidos, con lo que este principio del Derecho Previsional es elevado a nivel constitucional.

El artículo 5º del Decreto Legislativo 817 no vulnera para nada la autoridad de la cosa juzgada; es necesario tener presente la diferencia existente entre la cosa juzgada - pronunciamiento del órgano jurisdiccional sobre el cual no cabe se interponga recurso impugnativo, al haberse emitido resolución jurisdiccional en última instancia administrativa o cuando la parte interesada no la impugnó dentro del plazo de ley - y la cosa decidida - que es la que emite la Administración Pública y puede ser contradicha ante el órgano jurisdiccional mediante acción contencioso administrativa. Lo señalado en el artículo 5º no involucra la cosa juzgada.

El artículo 8º que crea el Registro lo hace con el objeto de consolidar toda la información relativa al régimen previsional del Decreto Ley 20530, en vista de que se encontraba de manera independiente en cada institución pública, generaba pronunciamientos diferentes que no permitían uniformidad en dicha materia. En cuanto a la presentación de información no se ajusta a la verdad pues, no es necesario que se presente toda la información que se declara, pues si la información tiene el carácter de declaración jurada, es la ONP, el organismo facultado para procesar las solicitudes, comprobando los derechos legalmente obtenidos, de conformidad con el artículo 13º del Decreto Ley 817.

En cuanto al argumento de que los artículos 12º y 13º ratifican la posible caducidad de los derechos pensionarios, sujetándolos a un trámite administrativo, cuando, de acuerdo al mandato constitucional los mismos se reconocen sin condicionamiento alguno, cabe precisar que la Constitución no ampara los derechos de manera incondicional, sino que por el contrario condiciona su validez a que éstos hayan sido emitidos según los derechos legalmente obtenidos.

b) Se viola el derecho a una pensión de cesantía nivelable sin topes.

En el marco constitucional en el cual se expidió el Decreto Legislativo 817 es el de la Constitución Política de 1993 donde no existe "taxativamente" el derecho a la pensión nivelable, si lo hace con el derecho a la seguridad social, que conforme al texto expreso y claro de la Constitución se trata de un derecho previsional que debe ser desarrollado por ley; ella señalará los requisitos y el tipo de pensión a otorgarse, así como el monto o nivel remunerativo de las pensiones.

El razonamiento inductivo que hacen los demandantes para concluir demostrando la "constitucionalidad" del derecho a la pensión nivelable constituye una falacia, por cuanto se utilizan premisas erróneas para arribar a dicha conclusión.

Es falso que la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución confiera jerarquía constitucional al derecho de los actuales pensionistas del Estado a la pensión homologada y nivelada, esta disposición lo único que hace es modificar uno de los requisitos para percibir la pensión dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530, el de tener 30 años de servicio para percibir el beneficio es reducido a 20, pero no modifica lo referente al tope establecido por el art. 57° de este D.L., y en general ningún otro aspecto de éste régimen.

Es absolutamente falso que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 haya otorgado efecto ultractivo a la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979. El efecto ultractivo que alegan los demandantes no es sino, la aplicación ultractiva de la norma, después que ha sido modificada o derogada; la Primera Disposición Final y Transitoria de la vigente Constitución, se inicia con la siguiente frase "Los nuevos regímenes sociales obligatorio" es decir, la Constitución no hace referencia a los actuales regímenes sociales; el Decreto Legislativo 817, no crea un nuevo régimen social, es más, hasta la fecha no se ha creado un nuevo régimen social para los trabajadores públicos en el Perú.

El Constituyente de 1993 ha dejado claramente establecida la distinción entre los derechos adquiridos y los derechos legalmente obtenidos; el principio de condición más beneficiosa pertenece al derecho laboral.

3.- Con respecto a la violación del Principio Constitucional de cosa Juzgada y el Principio de Definitividad de las Resoluciones Administrativas

El Procurador Ad-Hoc del Poder Ejecutivo señala:

Los demandantes sostienen que las prescripción crea cosa juzgada y que al declarar el Decreto Legislativo en cuestión que es posible revisar los derechos mal obtenidos, se estaría violando la cosa juzgada; cabe recordar que la prescripción propiamente dicha es una institución de derecho privado y que no existe prescripción en sentido pleno de los actos de Derecho Público. Por eso, cuando se usa la palabra prescripción en el Derecho Administrativo, hay que entenderla en sentido débil, simplemente como vencimiento de un término legal. Y la prueba de que no puede tener ese carácter de cosa juzgada es que una vez agotada la vía administrativa, siempre cabe la vía judicial.

Así, cuando el artículo 110° del TUO de Normas Generales de Procedimientos Administrativos dispone que la facultad de la administración para declarar la nulidad prescribe a los 6 meses, de ninguna manera se está constituyendo es cosa juzgada. Si esa llamada "prescripción" no es sino un término dado por la ley para ejercer la facultad de declarar la nulidad, otra ley de la misma jerarquía lo puede modificar sin que ello implique discrepancia alguna con la Constitución.

La demanda agrega una presunta violación a la prohibición de revivir procesos fenecidos y ejecutoriados, se plantea que aquellos derechos que hayan sido reconocidos por sentencia judicial no pueden ser anulados por acto administrativo; y de esto no cabe duda alguna: la sentencia judicial constituye cosa juzgada y no puede ser desconocida; los demandantes utilizan este razonamiento válido para agregarle una ramificación inválida cuando añaden que la misma situación la tienen aquellos derechos que ya han sido calificados por la autoridad administrativa, lo que es incorrecto dado que el procedimiento administrativo no produce cosa juzgada, en consecuencia los que hayan obtenido fraudulentamente sus derechos y que no tengan una sentencia judicial que los ampare, están sujetos a una revisión que no implica retroactividad alguna sino el ejercicio de un principio básico de honestidad pública.

Se afirma que el párrafo tercero del artículo 4° del Decreto Legislativo 817 crea una retroactividad en su aplicación al señalar que los derechos otorgados con anterioridad se sujetan a lo dispuesto por dicha ley; al respecto, es posible que la ley no haya sido lo suficientemente clara en cuanto a su sentido. Sin embargo, una interpretación adecuada aleja toda duda al respecto: los derechos anteriormente otorgados se sujetan a dicha ley en cuanto que serán materia de una revisión de la legalidad de su adquisición, precisamente para cumplir a cabalidad la Disposición Final y Transitoria Primera de la institución vigente. Pero no cabe duda de que aquellos que hayan sido legalmente obtenidos con anterioridad quedarán firmes e intocables.

El Apoderado del Congreso señala:

La interpretación analógica que se hace del artículo 174° de la Constitución no es correcta, pues dicho artículo se refiere a un régimen especial en el que para retirar a los titulares los derechos legalmente obtenidos, deberá efectuarse por sentencia judicial. Lo contrario significaría que la Constitución estaría convalidando actos ilegítimos, actos nulos, es decir inexistentes y que para retirarlos habría que recurrir al Poder Judicial.

Respecto de la imprescriptibilidad de derechos, no existe artículo constitucional que haya sido violado, la imprescriptibilidad está directamente relacionada y es consecuencia directa de un acto nulo, un acto nulo es inexistente, por lo tanto, no se puede alegar la inconstitucionalidad en esta materia.

El artículo 4° del Decreto Legislativo autoriza a la ONP al reconocimiento y calificación de derechos pensionarios legalmente obtenidos, es decir, evaluará todos y cada uno de los expedientes administrativos que concedieron el derecho a ingresar al régimen del Decreto Ley N° 20530, quienes adquirieron el derecho conforme a sus reglas tienen plenamente garantizado su derecho.

La nulidad de pleno derecho del acto administrativo, no es una novedad, ni es contrario a la Constitución, está prevista en el artículo 43° del TUO de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos; La concesión de una pensión a cargo del Estado es un acto administrativo, y es sobre estos casos que se declarará la nulidad de pleno derecho, en este sentido, la imprescriptibilidad que se ha establecido para los actos administrativos no guarda relación con el plazo de prescripción establecido en el artículo 110° del mismo TUO, ya que este artículo está referido a resoluciones administrativas. No se debe confundir la resolución administrativa con el acto administrativo que le dio origen, que si bien son conceptos relacionados son diferentes, un acto administrativo nulo nunca existió y jamás dará origen a derechos, por lo tanto puede ser declarado nulo en cualquier momento, además, el solo transcurso del tiempo no convalida la nulidad, más aun cuando se trata de normas de Derecho Público y específicamente de derecho previsional, donde prima el principio de los derechos legalmente obtenido.

En estos casos no opera el término de prescripción de 6 meses a que se refiere el artículo 110° del TUO, pues al concordarla con el artículo 109° del mismo texto, apreciamos que el referido término prescriptorio no se aplica cuando existen dispositivos administrativos que agravan el interés público, entendiéndose por tal concepto "la utilidad o conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los ciudadanos".

El Estado mediante la ONP, organismo de la administración pública, se encuentra ampliamente facultada para revisar expedientes administrativos y declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos por los cuales se incorpora a servidores públicos al régimen previsional del Decreto Ley 20530, cuando éstos no hayan observado el cumplimiento de los requisitos.

En materia administrativa no existe "cosa juzgada" sino "cosa decidida" o "cosa que causa estado" y por ello mismo es posible objetarla en sede judicial mediante la acción contencioso administrativa. La cosa juzgada se da en sede judicial cuando una sentencia ha alcanzado el status de firme por ser consentida o ejecutoriada, tornándose de esta manera en irreversible, no pudiéndose volver a juzgar sobre los mismos hecho a las mismas personas.

4.- Violación de los Principios y Derechos que corresponden a la Función Jurisdiccional

Procurador Ad-hoc del Poder Ejecutivo.

En la demanda abre dos vías de denuncia de presuntas inconstitucionalidades: de un lado, la creación de instancias judiciales especializadas, de otro lado la creación de un Tribunal de Administración Pública.

La Constitución establece solamente tres jurisdicciones (artículo 179° inc. 1): la ordinaria o natural y las dos excepciones que consisten en la militar y en la arbitral; por consiguiente, un desvío de jurisdicción predeterminada por la ley sólo puede presentarse cuando se fuerza al justiciable a pasar de una jurisdicción a otra. Pero no hay desvío de jurisdicción cuando se establecen distintas instancias en el interior de la

justicia ordinaria, particularmente con el propósito de tratar los casos de manera más especializada.

La creación de un Tribunal de Administración Pública no constituye una violación de la independencia del Poder Judicial y no atenta contra el debido proceso; sin embargo, aún cuando la jurisdicción sólo puede ejercitarse por el Poder Judicial (y, excepcionalmente, por los tribunales militares y arbitrales), nada impide que antes de llegar la controversia al Poder Judicial pueda ser vista por instancias administrativas. Lo fundamental es que estas instancias sean previas y no impidan llevar finalmente el caso a la jurisdicción natural ante el Poder Judicial.

En el caso de autos, el inc. c) del artículo 24º del Decreto Legislativo 817 establece expresamente que las resoluciones que expida el Tribunal son impugnables en la vía judicial. Por tanto, no existe desviación de jurisdicción. Por el contrario su creación contribuye a garantizar el debido proceso en estas materias porque, de un lado se determina con claridad cuándo la vía administrativa ha quedado agotada (artículo 23º), de otro lado, se otorga una garantía adicional al reclamante ya que permite una doble instancia dentro del mismo proceso administrativo, con la posibilidad de que sus reclamos sean escuchados y sopesados con todo detalle.

En cuanto a los artículos 26º, 27º y 28º de los cuales se afirma que legislan materia concerniente al ámbito de administración de justicia y debieron ser tratadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial dado que no se trata de materia delegable.

Artículo 26º. Se trataría en todo caso de una redundancia dado que los jueces siempre deben resolver de acuerdo a la Constitución y a las leyes, el principio de legalidad y constitucionalidad a que se refiere la norma es una de las piedras angulares de nuestro sistema jurídico. Se puede decir en todo caso que se trata de una redundancia porque los jueces siempre deben resolver de acuerdo a la Constitución y las leyes, pero, redundancia no es sinónimo de violación, por el contrario insistencia en el cumplimiento de una ley.

Artículo 27º. Los impedimentos de los jueces frente a los casos concretos que conocen no están normados por la Ley Orgánica del Poder Judicial sino por el Código Procesal Civil que no es una ley orgánica, por otro lado, agregar este impedimento no es violar la autonomía e independencia del Poder Judicial sino, por el contrario asegurarlas, la norma citada no está modificando los requisitos para ser juez sino simplemente crea una presunción de interés de parte en el proceso y, por consiguiente establece un impedimento más para conocer ciertos casos. Todo lo que se hace es añadir un impedimento a los que contemplan los artículos 305º y 307º del Código Procesal.

Artículo 28º. Se limita a adecuar la situación a las exigencias presupuestales, a fin de que lo ordenado pagar por las sentencias judiciales se encuentre provisto de los fondos necesarios en el Presupuesto de la República. Nadie puede pretender que el Estado pague al margen del Presupuesto. De manera que legislar sobre éste punto es facilitar la aplicación y el funcionamiento eficiente del régimen de pensiones.

Primera Disposición Complementaria.- La objeción central está planteada por los demandantes en torno de la regla que establece que las sentencias de esta materia

serán cumplidas a partir del 1º de enero del año entrante, este hecho es derivado de que el gasto público está sometido a un presupuesto y este se aprueba anualmente. No hay, pues otro medio para que el Estado pague sus deudas que consignándolas en el presupuesto; y, por consiguiente, el pago tiene que hacerse en el año siguiente. De otro lado, esto ha sido siempre así y no constituye novedad alguna.

2da Disposición Complementaria, con respecto a ella se aduce que incursionaría en el área de la Ley Orgánica al facultar a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial para crear instancia especializadas, en este punto no estamos ante una competencia exclusiva de una ley orgánica, y no podemos estarlo porque si el propio poder judicial no pudiera crear en su interior salas especializadas y requiriera cada vez una modificación de su Ley Orgánica para hacerlo, no habría manera de organizar seriamente la administración de justicia, es por ello que la propia Ley Orgánica facultó en su artículo 80º inciso 18) a la Sala Plena de la Corte Suprema para crear y suprimir Distritos Judiciales, Salas y Juzgados, cuando así lo requiera para la rápida y eficaz administración de justicia - La misma Ley Orgánica, en su artículo 82º incisos 28) y 29) establece como atribuciones del Consejo de Gobierno del Poder Judicial las de proponer a la Sala Plena la creación de Salas Superiores y la creación y reubicación de Salas y Juzgados especializados. Estas facultades fueron más tarde encargada a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial en virtud de la Ley N° 26546, por todo ello no existe ningún impedimento legal para que el Decreto Legislativo 817 inste al Poder Judicial para ejercer esas facultades y proceda a crear instancias para resolver mas rápidamente y mejor los casos de previsión social. El Decreto Legislativo se limita a ratificar esa facultad que ya tenía por efecto de su propia Ley Orgánica y que demás disposiciones sobre la materia.

El Apoderado del Congreso señala:

En cuanto a los artículos 26º, 27º y 28º de los cuales se afirma que legislan materia concerniente al ámbito de administración de justicia, son perfectamente constitucionales, no legislan sobre aspectos del ámbito judicial, no violan los principios y derechos de la función jurisdiccional.

Respecto al artículo 26º, lo que hace es señalar una responsabilidad más, a las ya contenidas en el artículo 201º del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que no implica modificarla sino tomar como base el inciso 10) del referido artículo. El artículo 26º señala una responsabilidad más, y además precisa el delito que se cometería al violar esta responsabilidad, debido a que el artículo 200º de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece en su segundo párrafo que los miembros del Poder Judicial "son igualmente responsables por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones"; no vulnera el artículo 51º de la Constitución, no se afirma que ello suceda de modo indubitable, es menester para tal efecto citar uno de los considerandos de la sentencia del TC recaída en el expediente N° 005-96-I-TC, que señala que: "En consecuencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma legal, es necesario que en la Constitución exista una disposición que la contravenga en forma precisa y no en base a interpretaciones o deducciones controvertidas"; por lo tanto no existe incompatibilidad sino que por el contrario este artículo incide o enfatiza el contenido del artículo 51º de la

Constitución. El mandato del artículo 26° en el sentido que los Magistrados están obligados a no amparar derechos contrarios a las normas constitucionales se encuentra concordado en el artículo 138° de la Constitución; es decir, se encuentra arreglado a lo expresamente contemplado en el artículo 138°.

El artículo 27° tiene como sustento el inciso 7) del artículo 196° y el inciso 10) del artículo 177° del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial estableciendo una prohibición mas a las ya contempladas a los Magistrados, una incompatibilidad adicional.

El artículo 28°. No consagra interferencia en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y retraso en la ejecución de las sentencias. No es inconstitucional porque tiene como base el artículo 77° de la Constitución Política del Perú, que contempla el "principio de legalidad presupuestaria" o "principio de equilibrio presupuestario"

La Primera Disposición Complementaria no constituye atentado contra el debido proceso. Es pertinente señalar que el debido proceso es un concepto que según la doctrina jurídica se entiende como el derecho de todos los justiciables; que les permite, una vez ejercitado el derecho de acción, acceder a un proceso que reúna los requisitos mínimos que lleven al órgano jurisdiccional a pronunciarse de manera justa y equitativa; es decir, que solo si un proceso observa los requisitos mínimos de administración de justicia podrá ser calificado como "debido". De igual modo, es necesario precisar que se entiende como tutela jurisdiccional efectiva, como aquel concepto bastante amplio ligado a determinadas instituciones procesales, tales como el derecho de acción para acceder a un proceso, el derecho a obtener una resolución judicial basada en el derecho y la efectividad de resoluciones judiciales, a que el "procedimiento sea emitido por el órgano facultado para administrar justicia". En el caso de autos la aludida inconstitucionalidad carece de todo fundamento, toda vez que no sólo determinados artículos sino que en la totalidad de aquellos que integran el Decreto Legislativo 817, se ha respetado las reglas del debido proceso y la tutela Jurisdiccional efectiva que se encuentran garantizados por la creación por parte de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial de las instancias competentes para conocer asuntos en materia previsional.

Segunda Disposición Complementaria. Se encuentra en armonía con el proceso de modernización y reestructuración del Poder Judicial, ya que de conformidad con lo dispuesto en esta Disposición Complementaria, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial se encuentra facultada para crear instancias judiciales especializadas en materia previsional, es así como dentro de éstas funciones se expide la Resolución Administrativa N° 131-CM-PJ, que constituye en la Corte Superior de Justicia de Lima, una Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, que conoce de todos los procesos que derivan de la aplicación del DL 817; asimismo autoriza el funcionamiento de un Juzgado Previsional Transitorio en el Distrito Judicial de Lima, encargado del conocimiento de todos los expedientes en materia previsional.

La Resolución Administrativa N° 213-CM-PJ establece que la Sala Contenciosa Administrativa conocerá en segunda instancia jurisdiccional y que los procesos

pendientes de fallo en materia previsional continuarán tramitándose ante los juzgados especializados en lo civil en los Distritos Judiciales, a excepción del Distrito Judicial de Lima en donde funcionará el Juzgado Especial Previsional.

FUNDAMENTOS

Igualdad ante la ley y no discriminación.

10. Que, conforme lo enuncia el artículo 10º de la Constitución, el derecho a la seguridad social es un derecho humano fundamental, que supone el derecho que le "asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos", de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del estado.

11. Que el Régimen del Decreto Ley 20530 es uno de los regímenes previsionales a cargo del Estado que tiene características propias que lo diferencian e individualizan respecto de los demás, en tal sentido no se vulnera el derecho constitucional a la igualdad ante la ley y a la no discriminación cuando el legislador, en uso de sus facultades, expide una norma que solamente afecta a uno de éstos, siendo la vocación de tal norma la de aplicarse a todos los comprendidos en ésta, en la misma forma y sin distinguos.

Principio de irretroactividad de las Leyes y los Derechos Adquiridos de aquellos pensionistas sujetos al régimen del Decreto Ley 20530 - Pensión nivelable - Topes.

13. La Disposición Complementaria Décimo Segunda del Decreto Legislativo 817 señala que éste entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación, esto es, a partir del veinticuatro de abril de mil novecientos noventiséis, "siendo de aplicación a procedimientos administrativos y judiciales en trámite en cuanto corresponda", debiendo tenerse presente esto último dado que presupone respeto al conjunto de normas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico -que, en modo alguno, puede variar dado que se trata de un norma legal expedida al amparo de una delegación específica: regímenes de pensiones-. En tal sentido, la Disposición Final Segunda del Código Procesal Civil establece que: " las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso a procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado". La precitada Disposición Complementaria no es, en tal contexto, inconstitucional, pues la intención del legislador no es la de establecer la aplicación retroactiva de la norma - en cuanto a normas de procedimiento que pudiera establecer.

Tal y como queda anotado, el Decreto Legislativo 817 solamente puede aplicarse a hechos y situaciones jurídicas que se configuren a partir de su entrada en vigencia, en tal sentido siendo una norma con rango de ley puede válidamente modificar otra preexistente, la misma que se aplicará desde su entrada en vigencia en adelante.

14. El segundo y tercer párrafo del artículo 4º del Decreto Legislativo 817º contraviene expresamente el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en nuestro texto constitucional, siendo por tal razón inconstitucional.

Finalmente, la Sexta Disposición Complementaria del aludido decreto legislativo señala que entrará en vigencia a partir del 1º de julio de mil novecientos noventa y seis.

En términos generales, respecto al tema de la retroactividad, este es el marco constitucional y legal dentro del cual deberán analizarse todas las normas impugnadas.

15. La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado señala: "los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias". Una correcta interpretación de tal disposición no puede ser otra que la de consagrar, a nivel constitucional, los derechos adquiridos en materia pensionaria por los pensionistas sujetos a los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530, entendiéndose por derechos adquiridos "aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos".

16. Se ha señalado que la protección que la Constitución brinda a tales derechos solamente operaría ante la creación de un nuevo régimen pensionario, no siendo este el caso, dado que el Decreto Legislativo 817 no crea un nuevo régimen pensionario limitándose a consolidar, concordar y establecer normas de control de la legalidad del otorgamiento de beneficios del Decreto Ley 20530 y normas complementarias; en este extremo, se hace necesario precisar que lo que el Constituyente estableció es el derecho fundamental que tienen un grupo determinado de personas pensionistas de los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530- a que se respeten los derechos por ellos adquiridos al amparo de los referidos Decretos Leyes, de modo tal que al legislador le es vedado restringirlos o negarlos; si estas condiciones no las puede variar ni siquiera un nuevo régimen, con mayor razón no podrá hacerlo una norma cuyas disposiciones están referidas casualmente a los pensionistas de los regímenes ya mencionados. De donde se desprende que el primer y principal derecho adquirido es el derecho a ser pensionista de los Regímenes contemplados en los decretos leyes 19990 y 20530, calidad que ninguna norma legal puede variar sin incurrir en flagrante violación a lo establecido en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

17. En segundo término, este respeto a los derechos adquiridos en materia pensionaria, en relación a un grupo determinado de personas -pensionistas de los precitados regímenes- permite, de modo excepcional, que un conjunto de normas se apliquen ultractivamente - la aplicación ultractiva o retroactiva de una norma sólo es posible si el ordenamiento lo reconoce expresamente -a un grupo determinado de personas- que mantendrán los derechos nacidos al amparo de la ley anterior porque así lo dispuso el Constituyente -permitiendo que la norma bajo la cual nació el derecho surta efectos, aunque en el trayecto la norma sea derogada o sustituida-; no

significando, en modo alguno, que se desconozca que por mandato constitucional las leyes son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el Diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte, y que el legislador peruano ha optado ante la posibilidad de conflicto de normas en el tiempo por la teoría de los hechos cumplidos, tal y como lo consagra el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, que señala que la ley tiene aplicación inmediata a las relaciones y situaciones jurídicas existentes al momento que entra en vigencia, por lo que la nueva ley empieza a regir las consecuencias de las relaciones jurídicas preexistentes. En ese sentido, es necesario analizar cuales son las normas vigentes al momento de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 817.

18. La Constitución de 1979, en su octava Disposición General y Transitoria ordena: 1) modificar y unificar -para hombres y mujeres- el ciclo laboral para acceder a la pensión nivelable estableciéndolo en 20 años, señalando, además, que el referente para nivelar son los haberes de los servidores públicos en actividad -del mismo cargo- con lo cual queda automáticamente derogado el artículo 57° del Decreto ley 20530 referido a la posibilidad de imponer topes a las pensiones y, 2) Una medida transitoria, en cuanto al pago de las pensiones que gozan de tal derecho, al establecer una nivelación progresiva en un lapso máximo de diez ejercicios, a partir del 1° de enero de 1980, después del cual la nivelación de pensiones continuará en forma permanente, sin estar sujeta a ninguna progresión en el tiempo, tal y como lo establecen la ley N° 23495, dada dentro del marco establecido por la octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, y reglamentada por Decreto Supremo N° 0015-83-PCM, en la que se regula el derecho a la nivelación y homologación que tienen las pensiones de los cesantes comprendidos en el Decreto Ley 20530. El artículo 5° de la Ley N° 23495, dispone, además, que "cualquier incremento posterior a la nivelación que se otorgue a los servidores públicos en actividad que desempeñen el cargo u otro similar al último cargo en que prestó servicios el cesante o jubilado, dará lugar al incremento de la pensión en igual monto que corresponde al servidor en actividad".

Siendo el principal efecto de la incorporación al régimen del Decreto Ley N° 20530, 1) tener la calidad de pensionista del mismo, 2) tener la facultad de adquirir derecho a pensión al alcanzar quince años de servicios el hombre y doce y medio la mujer, las mismas que se regulan conforme a lo establecido por el artículo 5° del mismo, y 3) tener el derecho a una pensión nivelable, con los requisitos establecidos en el antes referido Decreto Ley, todos estos constituyen entonces, derechos adquiridos conforme lo establece la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente.

Como resulta evidente la imposición de topes atenta flagrantemente contra los derechos adquiridos de aquel grupo de personas que tienen bajo el criterio antes mencionado un derecho adquirido, razón por la cual, la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 es inconstitucional.

19. Llegados a este punto del análisis, queda por definir a quiénes se les puede aplicar ultractivamente las ya referidas disposiciones, y para ello es necesario determinar desde qué momento se adquiere el derecho a la pensión nivelable. En tal sentido, este Tribunal considera que como el Decreto Ley 20530 y sus modificatorias, señalan

cuáles son los requisitos necesarios para gozar de tal beneficio y la forma como ésta se efectivizará, la administración está en la obligación de reconocer tal beneficio desde el momento en que se cumplen, de hecho, tales requisitos, aún cuando el administrado continúe laborando efectivamente, por cuanto éste incorpora a su patrimonio un derecho en virtud del mandato expreso de la ley que no está supeditado al reconocimiento de la administración, que no es la que en modo alguno otorga el derecho, que como se ha recordado, nace del cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Es así, que aquellos que se encontraban bajo el amparo del régimen del Decreto Ley 20530, que hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 817, ya hubieran cumplido con los requisitos señalados por la norma, esto es, haber laborado veinte o más años de servicios; tienen derecho a una pensión nivelada, conforme lo dispuso en su oportunidad el Decreto Ley 20530 y sus modificatorias.

Respecto de aquellas personas sujetas al régimen del Decreto Ley 20530 que a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo 817 -esto es el veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y seis- no alcancen 20 años de servicios, no tendrán derecho a una pensión nivelable con las condiciones que establece el mencionado Decreto Ley, pues aún no habrían adquirido tal derecho, estando sujetos al régimen de pensión nivelada bajo las condiciones que establece el Decreto Legislativo 817 en su artículo 7°.

En consecuencia, el primer párrafo del artículo 4° debe entenderse bajo el criterio establecido en la fundamentación precedente.

20. No sucede lo mismo, sin embargo, con la precisión que se hace en el artículo 4°, en el sentido de que la ONP es la única entidad competente para otorgar derechos pensionarios adquiridos al amparo del D.L. N° 20530, pues como ya se ha precisado, la ONP no está en tal capacidad, dado que el derecho a la seguridad social es un derecho universal, consagrado como tal en el artículo 10° de la Constitución, correspondiéndole, además, no desconocer los derechos adquiridos por aquellas personas sujetas al régimen del D.L. N° 20530, por que con ello se estaría violentando la Primera Disposición Transitoria de la vigente Constitución, que consagra los derechos adquiridos por estos, al amparo del D.L. antes referido y sus modificatorias; asimismo, también lo es, la primera parte del segundo párrafo, cuando señala "es nulo de pleno derecho cualquier acto que contravenga lo dispuesto en el párrafo anterior".

21. Por lo que se refiere al primer párrafo del artículo 5° del Decreto Legislativo 817 la palabra "otorgamiento" y el segundo párrafo del mismo artículo, son inconstitucionales por violentar la Primera Disposición Final y Transitoria y el artículo 103° de la Constitución, que consagra el principio de irretroactividad de las leyes;

22. El artículo 7° no es inconstitucional, en tanto se respete el principio de irretroactividad de las leyes; es decir, no desconozca derechos legalmente obtenidos al amparo de los regímenes 19990 y 20530 protegidos por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

23. En cuanto al artículo 8º, no es inconstitucional, pues como ya precisó este Tribunal, la referida inscripción no tiene el carácter de constitutiva de derechos.

24. El artículo 12º prohíbe el pago de la correspondiente pensión, cuando los trabajadores y pensionistas no se hubieran inscrito en la ONP, violándose el artículo 10º y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, en cuanto a los derechos adquiridos de los pensionistas, esto es, en cuanto al respeto al régimen previsional de los mismos, y al pago de la correspondiente pensión.

25. El artículo 10º, la prohibición que contiene, en cuanto, a que los trabajadores que hayan solicitado su cese y afiliación simultánea al Sistema Privado de Pensiones, "estarán impedidos de reingresar al servicio activo del Estado, salvo los casos de cargos políticos o de designación directa en cargos de confianza", es inconstitucional, por cuanto violenta el artículo 59º de la Constitución, que garantiza la libertad de trabajo.

26. En cuanto al artículo 13º, la última parte del segundo párrafo, es inconstitucional, ya que "queda prohibido el pago de cualquier pensión que bajo el régimen señalado no derive de la CDR", por cuanto violenta los derechos reconocidos por el Constituyente en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, en cuanto al pago de la pensión correspondiente al beneficiario de la misma, una vez que haya cumplido con los requisitos para gozar de la misma, entendiéndose que la Constancia de Reconocimiento de Derechos que deberá expedir la ONP, no es constitutiva del derecho a gozar de la pensión, sino, que debe ser expedida en favor de todos aquellos que tienen los derechos adquiridos a que se hace mención en la presente sentencia.

27. La aplicación retroactiva de la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 es inconstitucional, por cuanto viola el artículo 103º de la Constitución y atenta contra los derechos adquiridos de quienes estén sujetos al régimen previsional del Decreto Ley N° 20530.

28. Finalmente, en relación a la Novena Disposición Complementaria que deroga la Ley 10772 y normas complementarias y modificatorias del régimen pensionario complementario debemos precisar que el primer párrafo, se encuentra ajustado a lo establecido en el artículo 103º de la Constitución, ya que, a partir del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y seis, cierra dicho régimen; sin embargo, es evidente, que deben respetarse los derechos pensionarios de aquellas personas sujetas a dicho sistema, teniendo presente que a aquellos que se encuentran tramitando los beneficios derivados del mismo, antes de la entrada en vigencia de ésta disposición, no les es aplicable, dado que, ello implicaría aplicar retroactivamente la ley, violando flagrantemente el principio de irretroactividad de las leyes, que tiene consagración constitucional.

29. En lo que al segundo párrafo de dicha Disposición se refiere, al "precisa(rse)" que con la entrada en vigencia del D.S. 057-90-TR y del Decreto Legislativo No 757, quedó prohibido todo sistema de reajuste de pensiones establecido según índice de variación de precios, indexación, y otros de similar naturaleza, cualquiera sea su denominación y mecanismo de aplicación; éste Tribunal considera necesario

establecer: a) que el decreto precitado, contempla un supuesto específico, y es que, aquellas empresas comprendidas en la Ley N° 24948, Ley de Actividad Empresarial del Estado, así como Entidades del Estado, cuyos trabajadores se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada, no podrán otorgar hasta el 31 de diciembre de 1990, incrementos de remuneraciones, cualquiera sea la remuneración, sistema, modalidad o periodicidad, siendo que dicha norma tenía un plazo determinado de vigencia, el mismo que no puede entenderse extendido al amparo de lo establecido en el segundo párrafo de la Novena Disposición Complementaria; y, b) en cuanto al Decreto Legislativo N° 757, si bien la Segunda Disposición Complementaria establece reglas a las que se ajustarán las mejoras remunerativas, no es menos cierto que el supuesto de la norma, está referido a pactos y convenios colectivos de trabajo, es decir, normas de origen no normativo, señalando que estos "...no podrán contener sistemas de reajuste automático de remuneraciones fijados en función a índices de variación de precios, o ser pactados o referidos a moneda extranjera", estableciendo así límites específicos a lo que por autonomía de las partes se puede pactar; no refiriéndose estos supuestos a materia previsional. En consecuencia, se pretende, vía "interpretación", dar fuerza y efectos retroactivos a una norma, esto es, a la Disposición Complementaria bajo examen, violentando con ello el artículo 103° de la Constitución.

30. En cuanto al tercer párrafo de la Novena Disposición Complementaria, es inconstitucional por las razones que se señalaran en el fundamento jurídico anterior, ya que supone una aplicación retroactiva de la Ley, lo que expresamente se encuentra prohibido en nuestra Carta Magna.

b. PRECEDENTES VINCULANTES EN MATERIA PREVISIONAL

EXP. N° 1417-2005-AA/TC MANUEL ANICAMA HERNÁNDEZ

CASO

Con fecha 6 de mayo de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con el objeto que se declare la nulidad de la Resolución N.º 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990, de fecha 2 de agosto de 2002, por considerar que vulnera su derecho fundamental a la pensión, toda vez que resolvió denegar su solicitud de pensión de jubilación adelantada.

Manifiesta que cesó en sus actividades laborales el 25 de mayo de 1992 contando con más de 20 años de aportaciones, luego de que la Autoridad Administrativa de Trabajo autorizó a su empresa empleadora a reducir personal; sin embargo, al calificar su solicitud de pensión de jubilación, la entidad demandada consideró que las aportaciones efectuadas durante los años 1964 y 1965 habían perdido validez conforme al Reglamento de la Ley N.º 13640, por lo que, incluso si realizara la verificación de las aportaciones efectuadas desde 1973 a 1992 no reuniría los 20 años de aportación al Sistema Nacional de Pensiones que se requieren como mínimo para obtener el derecho a la pensión de jubilación por reducción de personal. Agrega que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que los períodos de aportación no pierden validez, y que sumados sus períodos de aportaciones, acredita los exigidos por la legislación vigente, razón por la que solicita el reconocimiento de su derecho a la pensión, así como los devengados e intereses generados desde la vulneración de su derecho fundamental.

La demandada deduce las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y de caducidad, y solicita que se declare improcedente la demanda, por considerar que la vía del amparo no es la adecuada para dilucidar la pretensión del recurrente, siendo necesario acudir a la vía judicial ordinaria donde existe una estación probatoria.

El Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, con fecha 8 de enero de 2003, declaró fundada la demanda en el extremo en que se solicita la validez de las aportaciones efectuadas en los años 1964 y 1965, ordenando su reconocimiento y la verificación del periodo de aportaciones de 1973 a 1992, respecto del cual no se ha emitido pronunciamiento administrativo.

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 6 de octubre de 2004, reformó la apelada declarándola improcedente, por estimar que es necesario

que la pretensión se ventile en la vía judicial ordinaria, toda vez que el proceso de amparo carece de estación probatoria.

PRECEDENTE

§4.2 Determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión

37. En base a dicha premisa, sobre la base de los alcances del derecho fundamental a la pensión como derecho de configuración legal y de lo expuesto a propósito del contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales, este Colegiado procede a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo:

a) En primer término, forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por tal motivo, serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.

b) En segundo lugar, forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia.

Tal como ha tenido oportunidad de precisar la Corte Constitucional colombiana, en criterio que este Colegiado comparte, el derecho a la pensión

"adquiere el carácter de fundamental cuando a su desconocimiento sigue la vulneración o la amenaza de derechos o principios de esa categoría y su protección resulta indispensable tratándose de la solicitud de pago oportuno de las pensiones reconocidas, ya que la pensión guarda una estrecha relación con el trabajo, principio fundante del Estado Social de Derecho, por derivar de una relación laboral y constituir una especie de salario diferido al que se accede previo el cumplimiento de las exigencias legales." (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-608 del 13 de noviembre de 1996. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

c) Por otra parte, dado que, como quedó dicho, el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial

de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un `mínimo vital`, es decir,

“aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana.” (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1001 del 9 de diciembre de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

En tal sentido, en los supuestos en los que se pretenda ventilar en sede constitucional pretensiones relacionadas no con el reconocimiento de la pensión que debe conceder el sistema previsional público o privado, sino con su específico monto, ello sólo será procedente cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital.

Por ello, tomando como referente objetivo que el monto más alto de lo que en nuestro ordenamiento previsional es denominado “pensión mínima”, asciende a S/. 415,00 (Disposición Transitoria de la Ley N.º 27617 e inciso 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N.º 28449), el Tribunal Constitucional considera que, *prima facie*, cualquier persona que sea titular de una prestación que sea igual o superior a dicho monto, deberá acudir a la vía judicial ordinaria a efectos de dilucidar en dicha sede los cuestionamientos existentes en relación a la suma específica de la prestación que le corresponde, a menos que, a pesar de percibir una pensión o renta superior, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (vg. los supuestos acreditados de graves estados de salud).

d) Asimismo, aún cuando, *prima facie*, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el acceso a las prestaciones pensionarias sí lo es, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla.

e) En tanto el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.

En efecto, en tanto derecho fundamental *relacional*, el derecho a la igualdad se encontrará afectado ante la ausencia de bases razonables, proporcionales y objetivas que justifiquen el referido tratamiento disímil en el libre acceso a prestaciones pensionarias.

f) Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada. Y es que como se ha precisado, en el proceso de amparo

“no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto [u omisión] cuestionado”. (STC 0976-2001-AA, Fundamento 3).

g) Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, *prima facie*, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria.

Las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, no son susceptibles de protección a través del amparo constitucional, no sólo porque no forman parte del contenido protegido del derecho fundamental a la pensión, sino también, y fundamentalmente, porque han sido proscritas constitucionalmente, mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103º de la Constitución, respectivamente.

EXP. N° 5189-2005-PA/TC
JACINTO GABRIEL ANGULO

CASO

Con fecha 14 de setiembre de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando que se declare inaplicable la Resolución N.º 802-DDPOP-GDJ-IPSS-90, de fecha 23 de diciembre de 1990 y, en consecuencia, se actualice y se nivele su pensión de jubilación con arreglo a la Ley N.º 23908, debiendo ordenarse el pago de las pensiones devengadas que correspondan. Considera tener derecho al beneficio establecido en la referida Ley, por haber adquirido su derecho pensionario antes del 23 de abril de 1996.

La emplazada solicita que la demanda se declare improcedente, señalando que ésta no es la vía idónea para solicitar el incremento de la pensión, toda vez que no se puede modificar los derechos otorgados en un proceso que carece de estación probatoria. Agrega que la pensión mínima establecida por la Ley N.º 23908 es un beneficio establecido para aquellos pensionistas que acrediten 30 años de aportaciones, y que, por expreso mandato de su artículo 3º, no es aplicable a quienes perciben pensiones reducidas de invalidez o jubilación.

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Huancayo, con fecha 27 de octubre de 2004, declaró infundada la demanda, por considerar que el demandante no cumple con los requisitos para la adquirir el derecho a una pensión de jubilación.

La Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín, con fecha 26 de mayo de 2005, declaró improcedente la apelada por el mismo fundamento.

PRECEDENTE

Aplicación de la Ley N.º 23908

5. Al establecer el nuevo criterio de aplicación de la Ley N.º 23908, así como la vigencia, aplicación e interpretación de sus disposiciones, este Tribunal señaló lo siguiente:

a) La Ley N.º 23908 modificó el Decreto Ley N.º 19990, que en su diseño estableció la pensión inicial como la resultante de la aplicación del sistema de cálculo previsto para las distintas modalidades de jubilación, creando el concepto de *pensión mínima*, la que, independientemente de la modalidad y del resultado de la aplicación de los métodos de cálculo, *se convirtió en el monto mínimo* que correspondía a todo pensionista del Sistema Nacional de Pensiones, salvo las excepciones previstas en la propia norma.

b) La pensión mínima se estableció originalmente en un monto equivalente a tres sueldos mínimos vitales; pero, posteriormente, las modificaciones legales que regularon los sueldos o salarios mínimos de los trabajadores la transformaron en el Ingreso Mínimo Legal, el mismo que, sólo a estos efectos, debe entenderse vigente hasta el 18 de diciembre de 1992.

c) La pensión mínima del Sistema Nacional de Pensiones **nunca fue igual a tres veces la remuneración de un trabajador en actividad**; más bien, se determinó utilizando como referente de cálculo el sueldo mínimo legal, que era uno de los tres componentes de la remuneración mínima de los trabajadores.

d) El Decreto Ley N.º 25967, vigente desde el 19 de diciembre de 1992, modificó los requisitos del Decreto Ley N.º 19990 para el goce de las pensiones, entendiéndose que, desde la fecha de su vigencia, se sustituía el beneficio de la pensión mínima por el nuevo sistema de cálculo, resultando, a partir de su vigencia –19 de diciembre de 1992–, inaplicable la Ley N.º 23908.

e) Por tanto, la pensión mínima regulada por la Ley N.º 23908 debe aplicarse a aquellos asegurados que hubiesen alcanzado el punto de contingencia hasta el 18 de diciembre de 1992 (día anterior a la entrada en vigencia del Decreto Ley N.º 25967), con las limitaciones que estableció su artículo 3º, y sólo hasta la fecha de su derogación tácita por el Decreto Ley N.º 25967.

f) Debe entenderse que todo pensionista que hubiese alcanzado el punto de contingencia hasta antes de la derogatoria de la Ley N.º 23908, tiene derecho al reajuste de su pensión *en un monto mínimo equivalente* a tres sueldos mínimos vitales o su sustitutorio, el Ingreso Mínimo Legal, en cada oportunidad en que estos se

hubieran incrementado, no pudiendo percibir un monto inferior a tres veces el referente, en cada oportunidad de pago de la pensión, durante el referido periodo.

g) A partir del 19 de diciembre de 1992 resulta de aplicación el Decreto Ley N.º 25967, que establece el nuevo sistema de cálculo para obtener el monto de la pensión inicial de jubilación del Sistema Nacional de Pensiones, hasta que el Decreto Legislativo N.º 817 (vigente a partir del 24 de abril de 1996), establece nuevamente un sistema de montos mínimos determinados de las pensiones, atendiendo al número de años de aportaciones acreditadas por el pensionista.

7. Por ello, este Tribunal, en sesión de pleno jurisdiccional, por las consideraciones de hecho y de derecho antes expuestas, atendiendo a su función ordenadora y pacificadora, y en mérito de lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, acuerda precisar los criterios adoptados en la STC 198-2003-AC para la aplicación de la Ley N.º 23908, durante su periodo de vigencia, y dispone su observancia obligatoria, en los siguientes términos:

La Pensión Mínima de la Ley N.º 23908

8. Al crearse el Sistema Nacional de Pensiones regulado por el Decreto Ley N.º 19990, se estableció que el monto de la pensión de jubilación se determinaría efectuando el cálculo establecido en el artículo 73º. El monto resultante se denominó pensión inicial.

9. El artículo 1º de la Ley N.º 23908 estableció un *beneficio* con la finalidad de mejorar el monto de inicio –pensión inicial– de aquellas pensiones que resultasen inferiores a la pensión mínima legal. Es decir, si efectuado el cálculo establecido en el Decreto Ley N.º 19990 se obtenía un monto inferior a la pensión mínima legal, se debía abonar ésta última.

10. En los casos en que se debió aplicar, conforme a ley, el beneficio de la pensión mínima legal, ésta equivalía y sustituía a la pensión inicial.

11. La pensión mínima legal es la *base inicial mínima* a partir de la cual comienza la percepción de las pensiones de jubilación e invalidez beneficiadas con la aplicación de la Ley. Es decir, esta base inicial es aplicable sólo a aquellos pensionistas que, por los ingresos percibidos durante su actividad laboral, no alcancen, *por lo menos*, el monto de la pensión mínima legal.

12. La disposición contenida en el artículo 1º de la Ley N.º 23908, supuso el incremento de todas aquellas pensiones que al 8 de setiembre de 1984, eran inferiores al mínimo legal (equivalente a tres sueldos mínimos vitales). Consiguientemente, en dicha fecha la pensión mínima quedó establecida en S/. 216,000.00 soles oro (monto resultante de multiplicar tres veces el sueldo mínimo vital, de S/. 72,000.00 soles oro, establecido por el Decreto Supremo N.º 018-84-TR, del 1 de setiembre de 1984).

13. Como el monto de la pensión mínima regulada por la Ley N.º 23908 se determinaba en base a uno de los tres componentes de la remuneración mínima de los trabajadores (denominado Sueldo Mínimo Vital), durante su vigencia, su aumento o el aumento de su sustitutorio (el Ingreso Mínimo Legal), suponía el aumento de la

pensión mínima legal y, por tanto, el aumento de todas aquellas pensiones que, por efecto de dicho incremento, resultaran inferiores al nuevo monto mínimo de la pensión.

14. El beneficio de la pensión mínima legal establecido en la Ley N.º 23908 no resulta aplicable a los pensionistas que hubieren percibido montos superiores al mínimo legalmente establecido en cada oportunidad de pago.

15. Conforme al artículo 3º de la Ley N.º 23908, el *beneficio* de la pensión mínima legal no fue aplicable para: a) Las pensiones que tuvieran una antigüedad menor de un año, computado a partir de la fecha en que se adquirió el derecho a la misma, pensiones que se reajustarán al vencimiento del término indicado; y, b) Las pensiones reducidas de invalidez y jubilación a que se refieren los artículos 28º y 42º del Decreto Ley N.º 19990, así como las pensiones de sobrevivientes que pudieran haber originado sus beneficiarios, las que se reajustarán en proporción a los montos mínimos establecidos y al número de años de aportación acreditados por el pensionista causante.

16. El monto de la pensión mínima legal establecida por la Ley N.º 23908 se incrementó posteriormente, cuando los Decretos Supremos N.ºs 023 y 026-85-TR, del 1 de agosto de 1985, aumentaron el sueldo mínimo vital a S/. 135,000 soles oro, quedando establecida una pensión mínima legal de S/. 405,000 soles oro, y así sucesivamente hasta que el sueldo mínimo vital fue incorporado y sustituido por el Ingreso Mínimo Legal.

17. Se deberá tener en cuenta que, cuando la Ley N.º 23908 quedó tácitamente derogada por el Decreto Ley N.º 25967, la pensión mínima legal vigente era de S/. 36.00 (treinta y seis nuevos soles), importe equivalente a la suma de tres veces el Ingreso Mínimo Legal (sustitutorio del sueldo mínimo vital) establecido por el Decreto Supremo N.º 03-92-TR.

18. Entre el 19 de diciembre de 1992 —fecha de vigencia del Decreto Ley N.º 25967— y el 23 de abril de 1996 —fecha de publicación del Decreto Legislativo N.º 817—, la pensión inicial retornó a ser el resultado del cálculo establecido por las disposiciones legales pertinentes según la fecha de contingencia de la prestación, hasta que, a partir del 24 de abril de 1996, el Decreto Legislativo N.º 817 establece nuevamente montos mínimos, determinados atendiendo al número de años de aportaciones acreditadas en *beneficio* de los pensionistas del Sistema Nacional de Pensiones.

19. Ejemplificación de la aplicación de artículo 1º de la Ley N.º 23908

Con el objeto de aclarar cualquier duda respecto a la interpretación y aplicación señalada por este Tribunal, resulta necesario resolver algunos casos hipotéticos que, de hecho y de manera notoria, se presentaron al entrar en vigencia el beneficio de la pensión mínima legal, así como, durante su vigencia, hasta el 18 de diciembre de 1992, siendo pertinente reiterar que con posterioridad a dicha fecha la norma en cuestión no es aplicable.

CASO 1:

Al entrar en vigencia la Ley

Incremento del monto de la pensión percibida al monto mínimo

Pensión comprendida en la Ley N.º 23908 con un monto de S/. 200,000.00 soles oro al 1 de setiembre de 1984

Por efecto de la Ley N.º 23908, la pensión mínima que debía percibir todo asegurado comprendido en el beneficio era de S/. 216,000.00 soles oro, por lo que la pensión de el pensionista debía incrementarse hasta el monto mínimo a partir de dicha fecha y, de ser el caso, de la misma manera, luego de los siguientes incrementos del referente de la pensión mínima legal, salvo que, por efecto de otras disposiciones legales o administrativas, el monto de la pensión ya hubiera superado la mínima vigente en cada oportunidad de pago.

CASO 2 :

Al entrar en vigencia la Ley

Inaplicación de la pensión mínima

Pensionista del Sistema Nacional de Pensiones que percibía S/. 300,000.00 soles oro al 1 de setiembre de 1984

Como el monto de la pensión supera el mínimo, el beneficio dispuesto en la Ley N.º 23908 resulta inaplicable al caso concreto, pues su aplicación importaría la reducción del monto de la pensión.

CASO 3 :

Durante la vigencia de la Ley

Incremento del monto de la pensión percibida

Pensionista que a la fecha de vigencia de la Ley percibía un monto superior al mínimo, por ejemplo de S/. 350,000.00 soles oro

Como se ha señalado, al caso concreto no era aplicable la pensión mínima porque no beneficiaba al pensionista; sin embargo, cuando la pensión mínima aumentó a partir del 2 de agosto de 1985 a S/. 405,000.00 soles oro por efecto del incremento del sueldo mínimo vital (Decretos Supremos N.ºs 023 y 026-85-TR), correspondía aumentar el monto de la pensión, pues a partir de dicho momento resultaba inferior a la pensión mínima legal, salvo que, por efecto de otras disposiciones legales o administrativas, el monto de la pensión ya hubiera superado la mínima vigente en cada oportunidad de pago.

El Reajuste establecido en el artículo 4° de la Ley N.º 23908

20. Al respecto, este Tribunal reafirma lo establecido en los fundamentos 13, 14 y 15 de la STC N.º 198-2003-AC, en el sentido de que se encuentra condicionado a factores económicos externos y al equilibrio financiero del Sistema Nacional de Pensiones, y que *no se efectúa en forma indexada o automática*. Asimismo, que ello fue previsto de esta forma desde la creación del Sistema Nacional de Pensiones y posteriormente recogido por la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, que establece que el reajuste periódico de las pensiones que administra el Estado se atiende con arreglo a las previsiones presupuestarias.

21. Por lo tanto, el reajuste trimestral automático de las pensiones comprendidas en el Sistema Nacional de Pensiones no resulta exigible.

EXP. N.º 9381-2005-PA/TC FÉLIX AUGUSTO VASI ZEVALLOS

CASO

Con fecha 20 de agosto de 2002, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando el recálculo de bono de reconocimiento y que se declare inaplicable la Resolución N.º 892-2001-DB/ONP, de fecha 21 de febrero del 2001, que desestimó su recurso de reconsideración, la Resolución N.º 1948-2002-GO/ONP de fecha 31 de mayo de 2002 que desestimó el recurso de apelación y la Resolución Jefatural N.º 029-98-JEFATURA/ONP.

Alega vulneración de sus derechos constitucionales a la seguridad social, la petición y el debido proceso, al no haber sido contabilizado el aporte realizado por su ex empleador Hansen-Holm, Alonso & Co., por un lapso de sesentiocho meses, y tan solo han sido aceptados los sesenta aportados por Alicorp S.A.

Con fecha 19 de setiembre de 2002, la emplazada contesta la demanda y solicita su improcedencia, toda vez que la finalidad que persigue es la declaración de un derecho no adquirido, es decir nuevo, siendo imposible vulnerarse un derecho aún inexistente.

Sostiene que el demandante está solicitando en el fondo la inconstitucionalidad de la Resolución Jefatural N.º 029-98-JEFATURA/ONP, tal como lo considera en la demanda, pero no resulta susceptible de ser conocida en la vía extraordinaria de amparo, al no haber vulneración alguna de derecho constitucional. Las declaraciones de inaplicabilidad solicitadas encierran un único fin imposible de darse: el incremento del valor nominal del bono de reconocimiento dado que las evidencias presentadas por el actor, con posterioridad, no fueron consignadas en la solicitud del bono de reconocimiento.

Con fecha 4 de agosto de 2003, el Quincuagésimo Octavo Juzgado Civil de Lima declaró improcedente la demanda de amparo, por considerar que el incremento de

años de aportación al valor de bonos de reconocimiento, objeto pretendido por el actor, no puede ser declarado, por su propia naturaleza, dentro de una acción de garantía, por cuanto ésta solo tiene por objeto el de restituir derechos y no el de declararlos.

De conformidad con el artículo 13° de la Ley N.º 25398, existiendo aspectos controvertidos respecto del incremento en el cálculo del valor de su bono de reconocimiento, por haber efectuado aportaciones superiores a la ya reconocida, la vía de amparo no resulta la idónea en este caso para dilucidar tal pretensión, toda vez que este proceso carece de etapa probatoria.

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Lima, con fecha 28 de enero de 2005, confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

PRECEDENTE

9. Conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, se concluye que es obligación del Estado, a través de la ONP, supervisar y efectuar correctamente el traslado de las aportaciones de los ciudadanos del sistema público al privado o viceversa, toda vez que por la información con la que cuenta, la ONP es la entidad que tiene mejor capacidad para determinar cuál es el bono de reconocimiento que le corresponde a cada persona, tal como lo reconoce el artículo 1° del Decreto Supremo N° 180-94-EF.

En consideración de lo expuesto, y de acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y a lo expresado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0024-2003-AI/TC, este Tribunal considera que las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos:

A) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo VII del CPC, puede establecer un precedente vinculante cuando la ONP, en el procedimiento de evaluación de bono de reconocimiento, no puede rechazar el pedido de determinación del valor nominal del bono recurriendo a pretensos impedimentos para acceder a tal solicitud.

B) Regla sustancial: Queda expedito el derecho de los administrados para que en la ONP se pueda reconocer los meses de aporte al SNP, hayan o no estado detallados en la solicitud presentada para la determinación del bono de reconocimiento.

En consecuencia, la Resolución Jefatural N° 029-98-JEFATURA/ONP debe ser inaplicable por la ONP, toda vez que afecta el derecho fundamental al debido proceso de los administrados.

EXP. N° 7281-2006-PA/TC
SANTIAGO TERRONES CUBAS

CASO

Con fecha 14 de enero de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) Profuturo, en resguardo de su derecho de libre acceso a la seguridad social, con el objeto de que se disponga su retorno al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), se le devuelva los aportes legales que efectuó, con sus intereses legales, se ordene que se haga entrega de su bono de reconocimiento a la ONP, la cual deberá proceder al pago de su pensión de jubilación, y se disponga a su favor el pago de costos y costas del proceso.

Manifiesta haber aportado más de cuarenta años al SNP, a la fecha en que celebró el contrato de afiliación, y que se afilió por la distorsionada información que le dieron los promotores de la AFP.

Con fecha 23 de setiembre de 2004, la emplazada contesta la demanda aduciendo que no existe violación de derecho constitucional alguno y menos en lo que concierne a supuestos derechos de libre contratación y, en cuanto a los fundamentos de la pretensión, que se requiere de una etapa probatoria. Asimismo, refiere que se ha limitado a dar cumplimiento a normas legales expresas, con sustento constitucional, por lo que, en el fondo, la demanda pretende cuestionar dichas normas.

También refiere que tanto el Tribunal Constitucional (TC) como las cortes superiores y juzgados de primera instancia ya se han pronunciado de manera reiterada y uniforme respecto a la improcedencia de la demanda de amparo para declarar la nulidad de afiliación; y que estos pronunciamientos guardan concordancia con la opinión del Defensor del Pueblo y miembros del Congreso.

Refiere que el demandante decidió incorporarse al Sistema Privado de Pensiones (SPP) libre y voluntariamente, conforme reconoce en su demanda; prueba de ello es que con fecha 24 de febrero de 1994 se afilió a AFP Horizonte, haciendo uso de su libertad de afiliación, y con fecha noviembre de 1998 se trasladó a la demandada.

Con fecha 30 de noviembre de 2004, el Cuadragésimo Primer Juzgado Civil de Lima declara fundada la demanda por considerar que el recurrente ha cumplido con formalizar el pedido de su retorno al SNP y que se restringe ilegítimamente su libertad de contratación.

Asimismo, precisa que no se requiere de agotamiento de ninguna estación probatoria, como refiere la demandada, pues resulta suficiente la constatación de los hechos debatidos, así como el análisis e interpretación de las normas aludidas. En dicha línea argumentativa, declara inaplicables al demandante las normas legales que restringen su libertad de libre afiliación y ordena que la AFP Profuturo lo desafilie de su institución.

Con fecha 24 de agosto de 2005, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, revocando la apelada, declara infundada la demanda, por considerar que los artículos 10° y 11° de la Constitución lo que garantizan es el derecho a la seguridad social y el libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones de sus ciudadanos, mas no el derecho de resolver libremente los contratos celebrados con las entidades que forman parte del SPP.

Explica también que de no ser así, la propia Constitución entraría en contradicción, desde que su artículo 62° garantiza que las partes pueden pactar válidamente, según las normas vigentes al tiempo de contrato, y cautela que los términos contractuales no puedan ser modificados por leyes o disposiciones de otra clase.

PRECEDENTE

§3. La falta o insuficiencia de información como causal de desafiliación

27. Con tal propósito, el Tribunal Constitucional considera menester establecer, en el presente proceso constitucional de amparo, precedente vinculante referido a la **falta o insuficiencia de información como causal de desafiliación** en el siguiente sentido:

a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) **Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que el Estado protege a los usuarios ante la falta de información o la insuficiencia de la misma (artículo 65° de la Constitución); por lo que constituye un supuesto jurídico legítimo para que se pueda dar inicio al trámite de desafiliación de una determinada AFP. En consecuencia, las demandas en trámite, tanto ante el Poder Judicial como ante este Colegiado, deberán ser remitidas a la autoridad administrativa correspondiente, a fin de que se inicie el procedimiento de desafiliación.

§5. Sobre el procedimiento a seguir para el supuesto de desafiliación por falta o insuficiencia de información

37. Atendiendo a ello, este Colegiado considera necesario establecer también como precedente vinculante las siguientes pautas respecto al **procedimiento de desafiliación**:

a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) **Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que el procedimiento a ser utilizado en el trámite de desafiliación debe ser el que el Reglamento de la Ley N.º

28991 determine; mientras ello suceda, será de aplicación supletoria el procedimiento previsto en el artículo 52° de la Resolución N.º 080-98-EF-SAFP, y teniendo en cuenta lo señalado por este Colegiado en los fundamentos 32 a 36 de la presente sentencia.

EXP. N° 6612-2005-PA/TC ONOFRE VILCARIMA PALOMINO

CASO

Con fecha 15 junio de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra la aseguradora Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, solicitando que se le otorgue pensión de invalidez permanente o renta vitalicia por padecer de una enfermedad profesional. Afirma que trabajó en la empresa minera Shougang Hierro del Perú S.A.A., desde el 13 de marzo de 1971 hasta el 13 de febrero de 2001, realizando labores de extracción de hierro en minas a tajo abierto y, como consecuencia de ello, contrajo la enfermedad profesional de neumoconiosis.

La demandada contesta la demanda proponiendo excepción de convenio arbitral; señala, de otro lado, que para el goce de una pensión de invalidez es requisito indispensable que el demandante haya percibido el subsidio por incapacidad temporal que otorga el Seguro Social de Salud. Asimismo, señala que la invalidez debe ser declarada por el Instituto Nacional de Rehabilitación.

La resolución de primer grado declara fundada la excepción de arbitraje

La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, con fecha 12 de abril de 2005, confirma la resolución apelada da por el mismo fundamento.

PRECEDENTE

Precedente vinculante 1: Prescripción de la pensión vitalicia

19. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) **Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.*

Precedente vinculante 2: Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del Decreto Supremo 002-72-TR

20. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) **Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero. Asimismo debe señalarse que: los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley 19990 que en su inciso d) del artículo 25.º señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29.º del Decreto Supremo 011-74-TR.*

Precedente vinculante 3: Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional

21. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) **Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.º del Decreto Ley 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el Certificado Médico de Invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas y el propio solicitante.*

Precedente vinculante 4: Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad.

22. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de

sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que en el caso de la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, las reglas sustanciales son que: *a) Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración. b) Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración. c) Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración.* Asimismo, en el caso de invalidez de la Ley 26790, las reglas son que: *a) Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración. b) Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración. c) Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.*

Del mismo modo el Tribunal Constitucional establece como regla sustancial que: *ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley 19990 o a la Ley 26790. Asimismo ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115.º del Decreto Supremo 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.*

Precedente vinculante 5: El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional

23. **a) Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que: *en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos.* Asimismo, se establece que: *para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido.*

Precedente vinculante 6: La pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional

24. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) **Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes.*

Precedente vinculante 7: El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral

25. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) **Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes.*

Precedente vinculante 8: Responsabilidad del Estado en el SCTR

26. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) **Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *la cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88.º del Decreto Supremo 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones.*

Precedente vinculante 9: La inversión de carga de la prueba

27. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) **Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos referidos (de control anual y de retiro), para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.*

Precedente vinculante 10: Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo

28. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) **Regla sustancial:** Al haberse establecido como criterio vinculante que sólo los dictámenes o exámenes médicos emitidos por las Comisiones Médicas de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS constituidas según Ley 26790, constituyen la única prueba idónea para acreditar que una persona padece de una enfermedad profesional, y que, por ende, tiene derecho a una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, o a una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, este Tribunal estima que en virtud de su autonomía procesal y en atención a su función de ordenación, debe determinar las reglas procesales que han de ejecutarse para la aplicación del criterio referido. Así, tenemos que:

i) Los jueces al calificar las demandas de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, que aún no hayan sido admitidas a trámite, deberán declararlas inadmisibles, concediéndole al demandante un plazo máximo de 60 días hábiles para que presente, en calidad de pericia, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, bajo apercibimiento de archivarse el expediente.

ii) En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, los jueces deberán requerirle al demandante para que presente, en el plazo máximo de 60 días

hábiles, como pericia el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, siempre y cuando el demandante para acreditar la enfermedad profesional haya adjuntado a su demanda o presentado durante el proceso un examen o certificado médico expedido por una entidad pública, y no exista contradicción entre los documentos presentados.

iii) En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite en los que el demandante haya presentado un certificado o examen médico emitido por un organismo privado o médico particular para probar que padece de una enfermedad profesional, los jueces no han de solicitarle la pericia referida sino declarar improcedente la demanda, pues los certificados o exámenes médicos referidos no tienen eficacia probatoria dentro del proceso constitucional de amparo para acreditar que el demandante padece de una enfermedad profesional.

EXP. N° 10087-2005-PA/TC
ALIPIO LANDA HERRERA

CASO

Con fecha 15 noviembre de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra la aseguradora Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, solicitando que se le otorgue renta vitalicia por padecer de enfermedad profesional conforme al artículo 82° del Decreto Supremo N.º 009-97-SA, Reglamento de la ley N.º 26790 y el Capítulo VII del Decreto Supremo N.º 003-98-SA. Manifiesta que ha laborado en la Empresa Minera Shougang Hierro Perú S.A., y que, como consecuencia de sus labores, en la actualidad padece de neumoconiosis en segundo estadio de evolución, por lo que le corresponde la pensión solicitada.

La emplazada propone la excepción de arbitraje y contesta la demanda alegando que el amparo no es la vía idónea para solicitar el pago de una pensión por enfermedad profesional, debido a que se requiere la actuación de medios probatorios para determinar el grado de incapacidad que padece el demandante.

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Ica, con fecha 22 de abril de 2005, declara fundada la excepción de arbitraje en atención a que el artículo 91° del D.S. N° 009-97-SA se dispone el sometimiento de los afiliados del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo al reglamento de arbitraje y solución de controversias de las Entidades Prestadoras de Salud; y, en consecuencia, improcedente la demanda planteada.

La Sala Civil de Corte Superior de Justicia de Ica, con fecha 1 de setiembre de 2005, confirma la apelada por estimar que, para dilucidar la pretensión, se requiere la actuación de medios probatorios en un proceso más lato que cuente con la estación de pruebas, de la que carece el proceso de amparo.

PRECEDENTE

Precedente vinculante 1: Prescripción de la pensión vitalicia

20. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) **Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.*

Precedente vinculante 2: Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del Decreto Supremo 002-72-TR

21. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) **Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero. Asimismo debe señalarse que: los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley 19990 que en su inciso d) del artículo 25.º señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29.º del Decreto Supremo 011-74-TR.*

Precedente vinculante 3: Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional

22. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) **Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser*

acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.º del Decreto Ley 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el Certificado Médico de Invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas y el propio solicitante.

Precedente vinculante 4: Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad

23. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) **Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que en el caso de la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, las reglas son que: a) *Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración.* b) *Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración.* c) *Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración.* Asimismo, en el caso de invalidez de la Ley 26790, las reglas son que: a) *Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración.* b) *Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración.* c) *Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.*

Del mismo modo el Tribunal Constitucional establece como regla sustancial que: *ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley 19990 o a la Ley 26790. Asimismo ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115.º del Decreto Supremo 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.*

Precedente vinculante 5: El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional

24. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) **Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos. Asimismo, se establece que: para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido.*

Precedente vinculante 6: La pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional

25. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) **Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes.*

Precedente vinculante 7: El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral

26. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) **Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes.*

Precedente vinculante 8: Responsabilidad del Estado en el SCTR

27. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) **Regla sustancial:** **El Tribunal Constitucional establece que:** *la cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88.º del Decreto Supremo 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones.*

Precedente vinculante 9: La inversión de carga de la prueba

28. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) **Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos referidos (de control anual y de retiro), para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.*

Precedente vinculante 10: Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo

29. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) **Regla sustancial:** Al haberse establecido como criterio vinculante que sólo los dictámenes o exámenes médicos emitidos por las Comisiones Médicas de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS constituidas según Ley 26790, constituyen la única prueba idónea para acreditar que una persona padece de una enfermedad profesional, y que, por ende, tiene derecho a una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, o a una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, este Tribunal estima que en virtud de su autonomía procesal y

en atención a su función de ordenación, debe determinar las reglas procesales que han de ejecutarse para la aplicación del criterio referido. Así, tenemos que:

i) Los jueces al calificar las demandas de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, que aún no hayan sido admitidas a trámite, deberán declararlas inadmisibles, concediéndole al demandante un plazo máximo de 60 días hábiles para que presente, en calidad de pericia, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, bajo apercibimiento de archivarse el expediente.

ii) En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, los jueces deberán requerirle al demandante para que presente, en el plazo máximo de 60 días hábiles, como pericia el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, siempre y cuando el demandante para acreditar la enfermedad profesional haya adjuntado a su demanda o presentado durante el proceso un examen o certificado médico expedido por una entidad pública, y no exista contradicción entre los documentos presentados.

iii) En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite en los que el demandante haya presentado un certificado o examen médico emitido por un organismo privado o médico particular para probar que padece de una enfermedad profesional, los jueces no han de solicitarle la pericia referida sino declarar improcedente la demanda, pues los certificados o exámenes médicos referidos no tienen eficacia probatoria dentro del proceso constitucional de amparo para acreditar que el demandante padece de una enfermedad profesional.

EXP. N° 0061-2008-PA/TC
RÍMAC INTERNACIONAL COMPAÑÍA DE SEGUROS
Y REASEGUROS S.A.

CASO

Con fecha 16 de octubre de 2006 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Ica, a cargo del magistrado Freddy Escobar Arquíñego, y contra la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, integrada por los magistrados Alejandro Páucar Félix, César Solís Macedo y Hernando Cáceres Casanova, solicitando que se declare la nulidad de la sentencia de fecha 14 de junio de 2006, emitida por el Juzgado emplazado, y de la sentencia de fecha 25 de agosto de 2006, emitida por la Sala emplazada, en el trámite de un anterior proceso de amparo iniciado por don Ysidoro Altamirano Puppi, en el que se declaró fundada su demanda de amparo, ordenándose que se le otorgue una pensión vitalicia conforme a la Ley N.º 26790 y sus normas complementarias.

Sostiene que con las sentencias emitidas en el anterior proceso de amparo, recaídas en el Exp. N.º 3141-2005, se han vulnerado sus derechos a la jurisdicción predeterminada por la ley, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que los magistrados emplazados no han tomado en cuenta que la pretensión demandada conforme al artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA tenía que ser ventilada en una etapa conciliatoria, y de ser el caso, en un arbitraje ante la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, debido a que el proceso de amparo por carecer de estación probatoria no constituía la vía idónea para dilucidar la pretensión del demandante.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, con fecha 8 de noviembre de 2006, declaró improcedente, *in limine*, la demanda, por considerar que las sentencias cuestionadas han sido emitidas dentro de un proceso regular, en donde Rímac Internacional ha hecho uso de los recursos legales para cuestionarlas e impugnarlas; y que la desestimación de la excepción de convenio arbitral tiene como sustento la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional en la STC 3746-2004-AA/TC.

La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 28 de setiembre de 2007, confirma la apelada por los mismos fundamentos.

PRECEDENTE

§.3.1. El arbitraje previsto en el artículo 9º del Decreto Supremo N° 003-98-SA

12. Precedente vinculante 1: El arbitraje previsto en el artículo 9º del Decreto Supremo N° 003-98-SA.

a. **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b. **Regla sustancial:** Cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA, y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral que tenga como fundamento el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes.

§.3.2. El arbitraje previsto en el artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-98-SA

15. Precedente vinculante 2: El arbitraje previsto en el artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-98-SA.

a. **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b. **Regla sustancial:** Para que el arbitraje voluntario sea constitucional, en el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron:

1. Las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.

2. Que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.

3. Que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial.

4. Que contra el laudo arbitral caben los recursos que prevé la Ley General de Arbitraje.

El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él.

§.4. Análisis de la controversia

18. Finalmente, este Tribunal Constitucional considera oportuno establecer como precedente vinculante desde cuándo se inicia la contingencia en el SCTR.

a. **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b. **Regla sustancial:** En cuanto a la fecha en que se genera el derecho, este Tribunal estima que la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley N° 18846 o pensión de invalidez de la Ley N° 26790 y sus normas complementarias y conexas.

EXP. N° 4762-2007-PA/TC
ALEJANDRO TARAZONA VALVERDE

CASO

Con fecha 7 de julio de 2006 el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando que se declare inaplicable la Resolución N.º 0000040058-2005-ONP/DC/DL 19990, de fecha 10 de mayo de 2005; y que en consecuencia se le otorgue pensión de jubilación conforme al artículo 47.º del Decreto Ley N.º 19990, con el abono de las pensiones devengadas y los intereses legales correspondientes.

La emplazada contesta la demanda alegando que el demandante no reúne los requisitos establecidos en el artículo 47.º del Decreto Ley N.º 19990 para tener derecho a una pensión del régimen especial de jubilación, debido a que no ha nacido antes del 1 de julio de 1931.

El Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Chimbote, con fecha 5 de marzo de 2007, declara fundada en parte la demanda, por considerar que el demandante ha cumplido con acreditar que cuenta con los requisitos establecidos en el artículo 44.º del Decreto Ley N.º 19990 para acceder a una pensión de jubilación adelantada.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, con su fecha 12 de julio de 2007,, revocando la apelada, declara infundada la demanda, por estimar que el demandante pretende acreditar sus años de aportaciones con unos certificados de trabajo que no resultan idóneos para el reconocimiento de años de aportaciones conforme al artículo 54.º del Decreto Supremo N.º 011-74-TR.

PRECEDENTE

5. § Reglas para acreditar periodos de aportaciones en el proceso de amparo

26. De este modo, cuando en los procesos de amparo la dilucidación de la controversia conlleve el reconocimiento de periodos de aportaciones, que no han sido considerados por la ONP, para que la demanda sea estimada los jueces y las partes deben tener en cuenta las siguientes reglas:

a. El demandante con la finalidad de generar suficiente convicción en el juez de la razonabilidad de su petitorio puede adjuntar a su demanda como instrumento de prueba, los siguientes documentos: certificado de trabajo, las boletas de pago de remuneraciones, los libros de planillas de remuneraciones, la liquidación de tiempo de servicios o de beneficios sociales, las constancias de aportaciones de ORCINEA, del IPSS o de EsSalud, entre otros documentos. Dichos instrumentos pueden ser presentados en original, copia legalizada o fedateada, mas no en copia simple. El Juez, de oficio o a pedido del demandante, podrá solicitar el expediente administrativo a la ONP o copia fedateada de él, bajo responsabilidad.

b. La ONP, cuando conteste la demanda de amparo, tiene la carga procesal de adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste. Ello con la finalidad de poder determinar con certeza si la denegación de otorgamiento o el desconocimiento de un mayor período de aportaciones ha sido arbitraria o se encuentra justificada. Y es que, si se está cuestionando la presunta violación del derecho a la pensión, corresponde que la autoridad jurisdiccional tenga a la vista los mismos actuados o, cuando menos, los documentos presentados ante la autoridad administrativa, y aquellos en los que dicha autoridad funda su pronunciamiento, a fin de determinar si se produjo o no la violación alegada.

c. La carga procesal de adjuntar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, es aplicable a los procesos de amparo en trámite cuando los jueces lo estimen necesario e indispensable para resolver la controversia planteada.

d. En los procesos de amparo que se inicien con posterioridad a la publicación de esta sentencia, la ONP, cuando conteste la demanda, tiene el deber de cumplir con presentar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste. En caso de que no cumpla con su carga procesal de adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo, el juez aplicará el principio de prevalencia de la parte quejosa, siempre y cuando los medios probatorios presentados por el demandante resulten suficientes, pertinentes e idóneos para acreditar años de aportaciones, o aplicará supletoriamente el artículo 282.º del Código Procesal Civil.

e. No resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, cuando se está ante una demanda manifiestamente fundada. Para estos efectos se considera como una demanda manifiestamente fundada, aquella en la que se advierta que la ONP no ha reconocido periodos de aportaciones que han sido acreditados fehacientemente por el demandante bajo el argumento de que han perdido validez; que el demandante ha tenido la doble condición de asegurado y empleador; y que según la Tabla Referencial de Inicio de Aportaciones por Zonas, establecida por el antiguo Instituto Peruano de Seguridad Social, en esa zona aún no se empezaba a cotizar.

f. No resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, cuando se está ante una demanda manifiestamente infundada. Para estos efectos, se considera como una demanda manifiestamente infundada, aquella en la que se advierta que el demandante solicita el reconocimiento de años de aportaciones y no ha cumplido con presentar prueba alguna que sustente su pretensión; cuando de la valoración conjunta de los medios probatorios aportados se llega a la convicción de que no acreditan el mínimo de años de aportaciones para acceder a una pensión de jubilación; o cuando se presentan certificados de trabajo que no han sido expedidos por los ex empleadores sino por terceras personas.

EXP. N° 5430-2006-PA/TC
ALFREDO DE LA CRUZ CURASMA

CASO

Con fecha 13 de setiembre de 2004 el recurrente solicita que se declare inaplicable la Resolución 0000049744-2004-ONP/DC/DL 19990, de fecha 13 de julio de 2004, y que en consecuencia se le otorgue pensión de jubilación minera conforme a la Ley 25009. Asimismo solicita el reintegro de los montos dejados de percibir, por haberse denegado el reconocimiento de su derecho pensionario.

La emplazada contesta la demanda alegando que el recurrente no ha acreditado las aportaciones efectuadas al Sistema Nacional de Pensiones, para lo cual se requiere de un proceso que cuente con etapa probatoria.

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 23 de junio de 2005, declara improcedente la demanda, considerando que para afianzar la validez del certificado de trabajo presentado se debió acompañar los documentos detallados en el reglamento del Decreto Ley 19990.

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 16 de marzo de 2006, revocando la apelada, declara fundada en parte la demanda ordenando el reconocimiento de las aportaciones efectuadas en los años 1956 y 1957, e improcedente el reconocimiento de las realizadas en el periodo 1958-1968, considerando que el amparo no es la vía idónea para ello por carecer de etapa probatoria.

PRECEDENTE

14. En consecuencia, en ejercicio de las funciones conferidas a este Colegiado, se establecen las siguientes reglas:

Precedente vinculante 1: Reglas de procedencia para demandar el pago de pensiones devengadas, reintegros e intereses

a. **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201 de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b. **Regla sustancial:** Cuando en un proceso de amparo la pretensión se ubique dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión –*acceso o reconocimiento, afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido* – delimitado por este Tribunal en el fundamento 37 del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA), se observarán las siguientes reglas:

Regla sustancial 1: Reconocimiento de la pensión de jubilación o cesantía

Quien se considere **titular** de una pensión de jubilación o invalidez de cualquiera de los regímenes previsionales existentes, podrá recurrir al amparo para demandar el **reconocimiento** de la pensión, el consiguiente pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros) y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio *iuria novit curia*, se deberá ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Regla sustancial 2: Reconocimiento de la pensión de sobrevivientes

Quien se considere **titular** de una pensión de **sobrevivientes** (viudez, orfandad o ascendientes) de cualquier régimen previsional, podrá recurrir al amparo para demandar el reconocimiento de la pensión, el consiguiente pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros), derivados de su pensión, y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio *iuria novit curia*, se deberá ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Regla sustancial 3: Afectación al mínimo legal o necesidad de tutela urgente

Los **titulares** de una pensión de jubilación, invalidez o sobrevivientes de cualquier régimen previsional, podrán interponer un amparo, cuando se acredite una **afectación al derecho al mínimo vital o la necesidad de tutela urgente**, en los términos del fundamento 37.c) del Caso Anicama, y solicitar la restitución de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros), derivados de su pensión, y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio *iuria novit curia*, se deberá ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Regla sustancial 4: Afectación del derecho a la igualdad

Se procederá de la misma forma señalada en las reglas que anteceden, en los casos que se demande la afectación del derecho a la igualdad en los términos del fundamento 37.e) del Caso Anicama.

Regla sustancial 5: Procedencia del RAC para el reconocimiento de devengados e intereses

Cuando en **sede judicial** se haya estimado una pretensión vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión *acceso o reconocimiento, afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido*– delimitado por este Tribunal en el fundamento 37 del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA) y **no se hubiere ordenado** el pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros) y/o los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil, este Tribunal, en atención al principio de economía procesal previsto en el artículo III del Código Procesal Constitucional, conocerá el RAC para ordenar su pago; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Regla sustancial 6: Improcedencia del RAC para el reconocimiento de devengados e intereses

El Tribunal no admitirá el RAC sobre pensiones devengadas, reintegros e intereses cuando verifique que el demandante no es el titular del derecho o que la pretensión no está directamente vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión.

Precedente vinculante 2: Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo

a. **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201 de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b. **Regla sustancial:** El criterio vinculante establecido en el Precedente 1 de esta sentencia será de aplicación inmediata desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, **a todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite**, precisándose que no están incluidos aquellos que se encuentren en etapa de ejecución.

15. Asimismo, toda vez que el precedente referido en el fundamento 13 que antecede se relacionó con el fundamento 37.g) del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA), este Colegiado considera oportuno precisar que en esta disposición, a diferencia de las otros supuestos del fundamento 37, se ha señalado *prima facie* qué pretensiones no forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión.

EXP. N° 2513-2007-PA/TC
ERNESTO CASIMIRO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

CASO

Con fecha 18 de noviembre de 2005, el recurrente interpone demanda de amparo contra Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros solicitando que se le otorgue pensión de invalidez permanente o renta vitalicia por padecer la enfermedad profesional de neumoconiosis, conforme al Capítulo VII del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, más el pago de las pensiones devengadas. Refiere haber laborado en la Empresa Minera Shougang Hierro Perú S.A.A., expuesto a la contaminación ambiental del polvo mineral, razón por la cual en la actualidad padece de neumoconiosis con 80% de incapacidad.

La emplazada propone las excepciones de arbitraje, de prescripción y de falta de legitimidad para obrar del demandante, y contesta la demanda alegando que para el otorgamiento de una pensión de invalidez, el demandante debió someterse a los exámenes médicos que establece el Decreto Supremo N.º 003-98-SA.

El Primer Juzgado Civil de Ica, con fecha 11 de setiembre de 2006, declara infundadas las excepciones propuestas y fundada la demanda, por considerar que con el certificado de trabajo obrante en autos se acredita que el demandante laboró en actividades mineras expuesto a riesgos de toxicidad, y que con el examen médico presentado se acredita que padece de neumoconiosis en segundo estadio de evolución.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, con fecha 31 de enero de 2007, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, por estimar que con la sentencia emitida en el Exp. N.º 2004-1846, se demuestra que el demandante ya se encuentra percibiendo una pensión de invalidez por la enfermedad profesional que padece.

PRECEDENTE

2.1. § Prescripción de la pensión vitalicia

9. En este sentido, el Tribunal Constitucional reitera su precedente vinculante consistente en que: no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.

2.2. § Ámbito de protección del Decreto Ley N.º 18846 y del Decreto Supremo N.º 002-72-TR

11. En este sentido, el Tribunal Constitucional reitera su precedente vinculante consistente en que: no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado, siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley N.º 18846, toda vez que el trabajo

desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero.

12. Asimismo, también debe reiterarse como precedente vinculante que: los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley N.º 19990 que en su inciso d) del artículo 25.º señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29.º del Decreto Supremo N.º 011-74-TR.

2.3. § Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional

14. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional reitera como precedente vinculante que: en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.º del Decreto Ley N.º 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el examen o dictamen médico de incapacidad o invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas, y el propio solicitante.

2.4. § Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad

16. En este sentido, con relación a la percepción simultánea de pensión vitalicia y remuneración, este Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que:

- a. Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración.
- b. Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración.
- c. Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración.

17. Asimismo, con relación a la percepción simultánea de pensión de invalidez y remuneración, también ha de reiterarse como precedente vinculante que:

- a. Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración.
- b. Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración.
- c. Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.

18. Finalmente, con relación a la percepción simultánea de pensión vitalicia y pensión de invalidez, ha de reiterarse como precedente vinculante que: ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley N.º 19990 o a la Ley N.º 26790. Asimismo, ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115.º del Decreto Supremo N.º 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

2.7. § La configuración de la invalidez y la inversión de la carga de la prueba

24. Por lo tanto, el Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos de control anual y de retiro, para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.

2.8. § El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional

26. En el caso de las enfermedades profesionales originadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos, ha de precisarse su ámbito de aplicación y reiterarse como precedente vinculante que: en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad en el caso de los trabajadores mineros que se laboran en minas subterráneas o de tajo abierto, se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo N.º 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos.

27. En el caso de la hipoacusia, al ser una enfermedad que puede ser de origen común o de origen profesional, ha de reiterarse como precedente vinculante que: para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido. Por tanto, los medios probatorios que el

demandante tiene que aportar al proceso de amparo para acreditar que la hipoacusia que padece es una enfermedad profesional, esto es, para probar que existe un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo que desempeñaba, constituyen requisitos de procedencia.

2.10. § La pensión mínima del Decreto Legislativo N.º 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional

31. Por lo tanto, el Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 ni a sus sustitutoria, la pensión de invalidez de la Ley N.º 26790, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes.

2.11.1. §. El arbitraje previsto en el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA

34. En este sentido, este Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral que tenga como fundamento el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes.

2.11.2. §. El arbitraje previsto en el artículo 25.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA

37. En este sentido, para que el proceso arbitral instaurado de manera voluntaria sea constitucional, debe reiterarse como precedente vinculante que: en el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron:

- a. Las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.
- b. Que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- c. Que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial.
- d. Que contra el laudo arbitral cabe el recurso que prevé la Ley General de Arbitraje.

El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada o por la Oficina de Normalización Previsional y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él.

2.12. § Fecha de inicio de pago de la pensión vitalicia o pensión de invalidez

40. Por lo tanto, este Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: la fecha en que se genera el derecho, es decir, la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 o pensión de invalidez de la Ley N.º 26790 y sus normas complementarias y conexas.

2.13. § Responsabilidad del Estado en el SCTR

42. Pues bien, este Tribunal, con la finalidad de integrar el vacío normativo previsto en el artículo 88.º del Decreto Supremo N.º 009-97-SA, ha de reiterar como precedente vinculante que: la cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88.º del Decreto Supremo N.º 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente, si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos, la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones.

2.14. § Reglas procesales

45. Pues bien, teniendo en cuenta el criterio vinculante referido en el fundamento precedente, este Tribunal ha de reiterar como precedentes vinculantes que:

a. Los jueces al calificar las demandas de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, que aún no hayan sido admitidas a trámite, deberán declararlas inadmisibles, concediéndole al demandante un plazo máximo de 60 días hábiles para que presente, en calidad de pericia, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, bajo apercibimiento de archivar el expediente.

b. En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite, y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, los jueces deberán requerirle al demandante para que presente en el plazo máximo de 60 días hábiles, como pericia, el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, siempre y cuando el demandante para acreditar la enfermedad profesional haya adjuntado a su demanda o presentado durante el proceso un examen o certificado médico expedido por una entidad pública, y no exista contradicción entre los documentos presentados.

c. En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite en los que el demandante haya presentado un certificado o examen médico emitido por un organismo privado o médico particular para probar que padece de una enfermedad

profesional, los jueces no han de solicitarle la pericia referida, sino declarar improcedente la demanda, pues los certificados o exámenes médicos referidos no tienen eficacia probatoria dentro del proceso constitucional de amparo para acreditar que el demandante padece de una enfermedad profesional.

c. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA POSTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**EXP. N° 0050-2004-AI, 0051-2004,
AI 0004-2005, AI 0007-2005, AI 0009-2005-AI
COLEGIO DE ABOGADOS DE CUSCO Y OTROS**

CASO

Demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Colegio de Abogados de Cusco; por el Colegio de Abogados del Callao; por más de cinco mil ciudadanos con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil representados por Juan Peña Figueroa, Víctor Lazo Cárdenas y Adolfo Juan Arbulú Castro; y, por más de cinco mil ciudadanos con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil representados por el doctor Carlos Blancas Bustamante, contra las Leyes N° 28389 y N° 28449.

Las demandas de inconstitucionalidad promovidas por cuatro demandantes, se encuentran dirigidas contra el Congreso de la República.

Los actos lesivos denunciados los habrían producido la Ley de Reforma Constitucional N° 28389, publicada el 17 de noviembre del 2004, y la Ley N° 28449, publicada el 30 de diciembre del 2004, las cuales modifican el régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N° 20530.

Los demandantes alegan la afectación de diversos derechos fundamentales previstos en la Constitución. Consideran que las leyes sujetas a control de constitucionalidad vulneran los derechos sociales y económicos de las personas; de manera específica, los derechos a la seguridad social (artículo 10 de la Constitución), a la pensión (artículo 11 de la Constitución) y a la propiedad (artículos 2 inciso 16 y 70 de la Constitución). Asimismo, aducen que se vulneran los principios de dignidad (artículo 1 de la Constitución) igualdad (artículo 2 inciso 2 de la Constitución), de irrenunciabilidad de los derechos sociales, de progresividad (artículo 10 de la Constitución), de irretroactividad (artículo 103 de la Constitución), de seguridad jurídica y de intangibilidad de fondos de la seguridad social (artículo 12 de la Constitución)

Alegando tales actos vulneratorios, solicitan, alternativamente, que:

- Se declare inconstitucional, por la forma, la Ley N° 28389.
- Se declaren inconstitucionales, por el fondo, los artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 28389, que sustituyen los textos de los artículos 11 y 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

- Se declare inconstitucional el artículo 3 de la Ley N° 28389 y que el Tribunal Constitucional expida una sentencia aditiva a fin de encausar su contenido normativo a las formas constitucionales.
- Se declare inconstitucional, por conexión o consecuencia, la Ley N° 28449, así como las demás normas legales que se hayan dictado o se dicten y que tengan como base el nuevo texto constitucional aprobado por la Ley N° 28389.
- Se declaren inconstitucionales las demás normas legales que se hayan dictado, o se dicten, después de la interposición de las presentes demandas.

FUNDAMENTOS

C. EL CONTENIDO SOCIAL DEL DERECHO A LA PENSIÓN

§1. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO Y EL DERECHO A LA PENSIÓN

42. El reconocimiento del Estado social y democrático de derecho

El Tribunal Constitucional ha precisado que cuando el artículo 43 de la Constitución reconoce que

“la República del Perú es democrática (...) y social”

configura al Estado peruano como un Estado social y democrático de derecho, tal como lo ha reconocido este Colegiado en diversa jurisprudencia, entre la cual se puede citar el fundamento 10 de la Sentencia del Expediente N° 0008-2003-AI/TC, Caso Más de cinco mil ciudadanos, Sobre Decreto de Urgencia, y el fundamento 1 de la Sentencia del Expediente 0048-2004-AI/TC, Caso José Miguel Morales Dasso, Sobre Ley de Regalía Minera. La configuración de nuestro Estado como uno social y democrático de derecho es el marco al cual debe ajustarse el desarrollo del derecho a la pensión.

Los principios jurídicos de supremacía constitucional y de fuerza normativa de la Constitución impiden que tal reconocimiento sea concebido como un canon interpretativo meramente político y, en tanto tal, carente de consecuencias jurídicas.

Por el contrario, en virtud del principio interpretativo de la unidad de la Constitución, la condición ‘social’ del Estado se instituye, de un lado, como un criterio hermenéutico de las cláusulas constitucionales y del ordenamiento jurídico, en general; y, de otro, como una institución determinante del contenido esencial de los derechos fundamentales.

43. Las garantías sociales en favor del pensionista

Al referirse a la aplicación de las nuevas reglas pensionarias, el constituyente derivado, en la reformada Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se ha remitido a

“razones de interés social”,

lo cual importa la relevancia de aplicar al derecho a la pensión los contenidos propios de un Estado democrático y social de derecho.

Esta fórmula política es la concreción de una evolución histórica, representada por el tránsito de un Estado liberal abstencionista y básicamente garantista de la autonomía individual, a un Estado comprometido con la promoción del bienestar general, donde la seguridad social aparece como una garantía institucional que otorga sostenibilidad al derecho a la pensión. De esta manera, la visión netamente formal de los valores de libertad e igualdad incorpora, en su substrato más íntimo, un contenido material orientado hacia la real consolidación de la libertad pero con justicia social. Por tal razón, la reforma, para que se considere constitucional, debe necesariamente contener una base de justicia social, que no puede ser eludida.

En tal sentido, el Estado social y democrático de derecho no excluye, ni menos aún desconoce, las garantías del libre desarrollo de la personalidad en los distintos ámbitos y etapas de la vida, sean políticos, sociales, económicos o culturales. En el componente mismo del derecho individual, se reconoce un deber social traducido en el compromiso de coadyuvar a la real eficacia de aquellos factores mínimos que aseguran una vida acorde con el principio de dignidad humana, y que se encuentran proyectados en el conjunto de los valores superiores que la Constitución incorpora para el goce de todas las personas.

Ello es así porque todos los pensionistas han contribuido con su trabajo a la creación de la riqueza nacional, para que, al momento de la redistribución de la misma, tengan una razonable participación, mediante el goce solidario de su derecho a la pensión, en base a un sistema eficiente de seguridad social que les permita satisfacer sus necesidades básicas dignamente.

44. El ámbito social de la reforma constitucional del derecho a la pensión

Sobre la base de la configuración político-constitucional del derecho a la pensión estudiada, corresponde determinar cuál es su substrato económico-constitucional.

El artículo 58 de la Constitución reconoce que el orden económico se fundamenta en una economía social de mercado, que no es sino la economía ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de libertad y justicia social. En consecuencia, tal como este Tribunal declara, como parte del fundamento 11 de la Sentencia del Expediente N° 0008-2003-AI/TC,

“(…) el Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real”.

La economía social de mercado está caracterizada, fundamentalmente, por tres elementos:

- ‘Bienestar social’, lo cual debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso (remunerativo y pensionable).
- ‘Mercado libre’, el mismo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y los monopolios.
- ‘Estado subsidiario y solidario’, que importa que se reconozca la existencia de una ‘cláusula general de mandato’ que obliga a la intervención del Estado cuando la realidad socioeconómica se haya desvinculado, o peor aún, contravenga directamente el bienestar social.

En consecuencia, el contenido social de la Constitución económica no puede justificar, en aras de cubrir altos montos pensionables de un número de personas objetivamente no representativas de la comunidad adscrita al régimen del Decreto Ley N° 20530, que exista un desembolso considerable y constante de recursos presupuestales que deberían dirigirse tanto para reajustar las pensiones de los menos favorecidos, y así evitar iniquidades también para el futuro del sistema pensionario, como para desarrollar actividades estatales tendentes a la seguridad social.

Esta cuestión, por lo demás, está prevista, de acuerdo al criterio de progresividad, por la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución:

“(…) el Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste destine para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional”.

Así pues, no es posible olvidar que si la economía social implica, entre otros factores, una racionalización del gasto público en la legislación social en favor de los más desamparados (ancianos, enfermos, niños y minusválidos, como en cierta forma lo reconoce el artículo 4 de la Constitución), no será facultad, sino deber del Estado, remover todos los obstáculos jurídico-constitucionales que impiden efectivizar dichas medidas. Éste es el sentido que hace de la reforma constitucional del sistema pensionario un mandato constituyente fundado en el modelo económico constitucional.

45. El reconocimiento de los principios sociales que sustentan el derecho a la pensión

En el caso planteado, ninguna de las partes toman distancia de los criterios esbozados; por el contrario, coinciden con ellos. Sucede, sin embargo, que mientras los demandantes consideran que las disposiciones constitucionales existentes antes de la reforma, resultaban en mayor grado compatibles con los principios y valores del Estado social y democrático de derecho que las disposiciones vigentes luego de ella, el Congreso de la República opina lo contrario.

Dicho de otro modo, los demandantes consideran que estamos ante una reforma peyorativa, pues la seguridad social, prevista en el artículo 10 de la Constitución, y, de modo más concreto, el derecho a la pensión, reconocido por el artículo 11 de la Carta Fundamental, han sido disminuidos en su contenido esencial. Todo ello, a decir de los demandantes, revela un quebrantamiento del límite material al poder de reforma

constitucional, previsto en el último párrafo del artículo 32 de la Constitución. Sin embargo, como ya se ha establecido, la cuestión constitucional no es que el derecho a la pensión sea un derecho absoluto, sino que, siendo un derecho relativo, la reforma constitucional que lo modifique no infrinja su contenido esencial, y; en todo caso, que dicha intervención del poder constituyente instituido a través de la reforma constitucional, esté implementada razonablemente por el Congreso.

Así las cosas, la decisión que adopte el Tribunal Constitucional debe tener como soporte los principios fundamentales que inspiran la interpretación de los derechos fundamentales comprometidos en el presente caso, y la escrupulosa ponderación de la capacidad económica de la nación.

46. El principio-derecho de la dignidad humana respecto a la pensión

El artículo 1 de la Constitución establece que

“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

La dignidad humana, tal como se ha precisado *supra*, es el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales. La persona humana no puede ser concebida como un medio, sino como un fin en sí mismo; de allí que su defensa constituya el fin supremo que debe inspirar todos los actos estatales, en particular, y los de la sociedad, en general.

Siendo así, la persona humana es el soporte del orden político y la paz social, de ahí que

“(…) requiere una especial tutela por parte del Ordenamiento jurídico, tendente a garantizar el respeto a la dignidad de la persona humana y (...) su efectiva vigencia”²⁴.

El Tribunal Constitucional, como parte del fundamento 161 de la Sentencia del Expediente N° 0010-2002-AI/TC, Caso Marcelino Tineo Silva, Sobre los Decretos Leyes de Terrorismo, ha señalado que la dignidad humana se configura como

“(…) un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover”.

La seguridad social y el derecho a la pensión son elementos esenciales que configuran el mínimo existencial necesario para garantizar una vida no sólo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material; o, en otras palabras, para garantizar una vida digna.

Por tal razón, una pensión constitucionalmente protegida sólo será aquella que se sustente en el principio de dignidad de la persona humana. De tal forma, pues, se infiere la existencia de un derecho a la dignidad pensionaria.

24 Alegre Martínez, Miguel. La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español. León, Universidad de León, 1996. p. 134.

47. El principio-derecho de igualdad respecto a la pensión

La igualdad, prevista en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector tanto de la organización del Estado social y democrático de derecho, como de la actuación de los poderes públicos.

La aplicación del principio de igualdad no excluye el tratamiento diferenciado. Es decir, no se vulnerará dicho principio cuando se establezca una diferencia de trato fundada en bases objetivas y razonables.

Este Colegiado ha remarcado en su jurisprudencia, entre la que se puede citar el fundamento 11 de la Sentencia de los Expedientes N° 0001-2003-AI y 0003-2003-AI, Caso Colegio de Notarios de Lima, Callao y Arequipa, Sobre Inscripción Registral de Inmuebles, y el fundamento 15 de la Sentencia del Expediente N° 0008-2003-AI, que

“(…) el principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de ‘tratar igual a los que son iguales’ y ‘distinto a los que son distintos’, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Sin embargo, enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales”.

Desde tal perspectiva, en la evaluación de la constitucionalidad de las leyes impugnadas, este Tribunal deberá apreciar si el legislador pretende corregir, con medidas razonables y proporcionales, situaciones sociales de desigualdad, o si, acaso, las medidas dictadas han sido consecuencia de nuevas situaciones discriminatorias. El criterio de evaluación para ello será el del beneficio de todas las personas que reciben pensión, y no exclusivamente el de los que están adscritos al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530.

Sobre el particular, debe tenerse presente que, en la medida que el régimen pensionario de dicha norma especial fue creado por el legislador ordinario de facto, pero incorporado en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 -y en el pasado, por la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979-, tiene la calidad de derecho de configuración legal.

Debe enfatizarse que el constituyente derivado goza de un margen más o menos amplio de discreción para configurar las nuevas posiciones subjetivas exigibles en

materia de seguridad social. No obstante, el respeto al principio de igualdad se constituye como un límite a dicha competencia, debido a su condición de universalidad, propia del sistema de seguridad social, conforme a lo señalado por el artículo 10 de la Constitución; asimismo, el constituyente debe respetar los principios de solidaridad y progresividad, subyacentes en todo sistema de seguridad social que provee un derecho a la pensión con equidad.

48. El principio de solidaridad respecto a la pensión

Este principio, derivado directamente de la cláusula de Estado social y democrático de derecho prevista en el artículo 43 de la Constitución, implica el compromiso directo de cada persona con los fines sociales del Estado, de manera tal que a nadie resulte ajena la vocación por priorizar las nuevas medidas pensionarias que eleven la calidad de vida de la mayoría de los pensionistas, así como la de acabar los privilegios pensionarios que contravengan un orden constitucional solidario.

En tal sentido, conforme ha señalado este Tribunal en el fundamento 16 de la Sentencia del Expediente N° 2945-2003-AA, Caso Azanca Alhelí Meza García, Sobre Paciente de VIH/SIDA,

“(…) la solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial”. Por ello, al principio de solidaridad son inherentes, de un lado, “el deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común”, y de otro, “el deber del núcleo dirigencial de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales”.

Nuestra Constitución Política recoge en sus normas disposiciones referidas a la solidaridad, estatuyendo que es deber primordial del Estado promover el bienestar general fundamentado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44); que la economía social de mercado es en sí misma la superación de la visión reduccionista de las relaciones entre los hombres como intercambio de cosas (artículo 58); y que la educación prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad (artículo 14).

Este Tribunal, en el fundamento 14 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0011-2002-AI, Caso Ángel Guillermo Herrera Otiniano, Sobre Constitución del Comité Especial Multisectorial de Reestructuración de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, ha resaltado la especial vinculación existente entre la seguridad social y el principio *in comento*:

“Es de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones. En

este caso, el rol que compete al Estado en la promoción del ejercicio del instituto no puede ser subestimado ni mucho menos desconocido”.

Por tal razón, dentro del universo de los titulares del derecho a la pensión del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, es plenamente constitucional que estén vinculados por el principio de solidaridad, correspondiente a un Estado social y democrático de derecho, lo cual supone la asunción de los fines comunitaristas de la seguridad social y el derecho a la pensión, en el marco de los artículos 10 y 11 de la Constitución.

49. El principio de progresividad respecto a la pensión

Es indudable que la efectividad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en general, no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, ha precisado, en su Observación General N° 3, que ello no implica desconocer que dicho principio

“(…) debe interpretarse a la luz del objetivo general (...) que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”²⁵.

El principio de progresividad implica que, dentro de las diversas opciones que el legislador tiene para regular el ejercicio de dichos derechos,

“(…) los poderes políticos tienen en principio vedado elegir supuestos de reglamentación irrazonable y, además, elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos económicos , sociales culturales vigentes”²⁶.

Esta disposición internacional, si bien no constituye un mandato vinculante para el Estado, dado su carácter de derecho débil *-soft law-*, permite interpretar razonablemente, a la luz del principio del paralelismo jurídico de las formas, que el principio de progresividad no es absoluto.

Debe tenerse presente, por otro lado, que se trata de un principio netamente objetivo y no subjetivo, motivo por el cual la reforma cuestionada, que impacta sobre un grupo de pensionistas no representativos cuantitativamente en materia de seguridad social, no es inconstitucional *per se*. Si la reducción objetiva y proporcional de las pensiones

25 Observación General ‘La índole de las obligaciones de los Estados Partes’, Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, elaborado en el 5° Período de Sesiones, 14/1290.

26 ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta, 2002. p. 97.

de la minoría se ha previsto en línea de equidad con el propio derecho a una pensión de acuerdo con el principio de dignidad humana de la mayoría, el principio de progresividad no estará afectado.

Por ello, no se vulnera tal principio cuando se busca la justicia e igualdad entre los pensionistas al amparo de una idea democrática de justicia común. No se puede beneficiar a un grupo minoritario de pensionistas en detrimento de la mayoría de ellos.

50. El principio de equilibrio presupuestal respecto a la pensión

Constitucionalmente se ha previsto, como parte del artículo 78, que todo presupuesto del Estado debe contar con un equilibrio financiero que permita que la progresividad antes enunciada sea real y no ficticia, respecto a un grupo limitado de personas, como ocurre con los beneficiarios del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. Por ello, cuando en el artículo 87 de la Carta Magna se prescribe que se fomenta y garantiza el ahorro, se está condicionando incluso la actividad del propio Estado, puesto que no se trata de un ahorro simplemente particular, según un análisis microeconómico, sino también de uno que, a través de los instrumentos macroeconómicos, redunde en el presupuesto público.

Es decir, el Estado debe, al momento de sufragar los costes del pago de una pensión, observar el principio del equilibrio en su presupuesto. Este Colegiado, en el fundamento 7.d de la Sentencia del Expediente N° 0004-2004-CC, Caso Poder Judicial, Sobre Postulación del Presupuesto Público, ha sostenido que un fin de esta actividad presupuestal es

“(…) interpretar, a través de los programas de obras, servicios y cometidos, el sentido de la noción bien común”.

Respecto al punto antes desarrollado, el Congreso de la República, entre otras consideraciones, ha acudido a razones de orden económico para justificar la aprobación de la reforma constitucional cuestionada. Así, ha precisado que

“(…) una de las características que ha acompañado este régimen durante toda su existencia es el déficit, dado que las aportaciones de los trabajadores nunca han sido suficientes para sostener los beneficios que el pensionista y sus sobrevivientes perciben; lo que ha conllevado a recurrir a los recursos públicos para financiar los beneficios otorgados”²⁷.

Es pertinente enfatizar, entonces, que las consideraciones de tipo económico no resultan impertinentes en sí mismas para sustentar la elaboración de leyes, sean éstas ordinarias o de reforma constitucional.

27 Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-PI, p. 8, reiterada en la contestación de las demandas N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI.

De otro lado, el tema del ahorro público es uno de los que más incidencia ha tenido para decidir la reforma constitucional. En cuanto a ello, en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución ya reformada se ha señalado que

“(…) el ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley... Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera (...)”.

En efecto, en tanto la Constitución trasciende su connotación de norma de organización política para sentar las bases mínimas indispensables de convivencia social identificada con el principio de dignidad humana, los criterios fundados en el orden constitucional económico y en los principios que lo informan, no pueden ser tachados como impertinentes para justificar, cuando menos en parte, la modificación del ordenamiento constitucional.

§2. EL DERECHO A LA PENSIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

53. La pensión y la seguridad social constitucionalmente reconocidas

El artículo 10 de la Constitución reconoce

“(…) el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.

Sobre el particular, y de modo más concreto, el artículo 11 de la Constitución, estipula que

“(…) el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privados o mixtas”.

Así, el derecho a la seguridad social se instituye como una garantía institucional del derecho a la pensión, al posibilitar su vigencia según los parámetros correspondientes a un Estado social y democrático de derecho.

Pero, ¿qué es en estricto una garantía institucional?

Es una fórmula constitucional que permite asegurar una especial salvaguarda de ciertas instituciones. Es decir,

“(…) no es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional contra la supresión legislativa, según es característico de la garantía institucional”³¹.

De esta forma, la seguridad social está prevista en la Constitución como la garantía institucional del derecho a la pensión.

31 SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid, Alianza Editorial, 1982. p. 177.

54. La seguridad social como garantía institucional

La seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado -por imperio del artículo 10 de la Constitución- al amparo de la ‘doctrina de la contingencia’ y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en ‘la elevación de la calidad de vida’.

En otras palabras, como ha expresado este Tribunal en el fundamento 14 de la Sentencia del Expediente N° 0011-2002-AI/TC,

“(…) la seguridad social (…) es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad”.

Esta ineludible vinculación de la seguridad social con el principio de dignidad se expresa en un sistema institucionalizado, imprescindible para la defensa de diversos principios constitucionales, lo que permite reconocerla como una garantía institucional.

El Tribunal Constitucional español, en criterio aplicable al contexto constitucional peruano, *mutatis mutandis*, ha señalado en el fundamento 3 de la Sentencia 37/1994, que la seguridad social es una garantía institucional

“(…) cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador (...), de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”.

En consecuencia, como garantía institucional que la Constitución reconoce, la seguridad social está blindada contra una reforma legislativa -incluso constitucional- que la anule o la vacíe de contenido.

55. Configuración de la seguridad social

Toda garantía institucional, como la seguridad social, para poder operar directamente, a diferencia de un derecho fundamental clásico, requiere de configuración legal. Es decir, la ley constituye fuente normativa vital para delimitar su contenido protegido.

Para este Colegiado, dicho contenido se encuentra conformado fundamentalmente por los siguientes aspectos: En primer lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de seguridad social, lo cual no significa que sea irreformable, sino que su reforma requeriría de una mayor carga de consenso en cuanto a su necesidad, oportunidad y proporcionalidad. En segundo lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones para la

obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación. En tercer lugar, por el principio de solidaridad, explicado *supra*, que es portador de la justicia redistributiva subyacente en todo sistema de seguridad social.

56. Las obligaciones estatales respecto a la pensión a partir de su consideración como derecho social

Toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que, en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social.

Por esta razón,

“(…) sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución”³².

Por ello, el derecho a la pensión constituye una manifestación –no única por cierto- de la garantía institucional de la seguridad social. Por lo tanto, como lo ha sostenido también este Tribunal, los derechos fundamentales prestacionales no pueden ser considerados como simples emanaciones de normas programáticas, si con ello pretende describirseles como atributos diferidos carentes de toda exigibilidad en el plano jurisdiccional, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para la real vigencia de otros derechos fundamentales, y, en última instancia, para la defensa misma de la persona humana y el respeto de su dignidad. En esta línea, el derecho a la pensión debe asumir todas las cualidades provenientes de su naturaleza social.

Entonces, no es ilógico que en el fundamento 11 de la Sentencia del Expediente N° 2945-2003-AA/TC este Colegiado haya expresado que

“(…) de este modo [por ejemplo] sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente (…). En puridad, todos los derechos humanos constituyen un complejo integral único e indivisible, en el que los diferentes derechos se encuentran necesariamente interrelacionados y son interdependientes entre sí”.

Consecuentemente, en el Estado social y democrático de derecho, la *ratio fundamentalis* no es privativa de los derechos de defensa, es decir, de aquellos cuya vigencia se encuentra garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación social que reclaman del Estado

32 MORÓN DIAZ, Fabio. La dignidad y la solidaridad como principios rectores del diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social. En: Anuario de Derecho Constitucional. Buenos Aires, CIEDLA, 2000. p. 668.

una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio de dignidad humana.

Atendiendo ello, la reforma constitucional pensionaria del régimen del Decreto Ley N° 20530 resulta plenamente constitucional, en la medida que procura asegurar un eficiente sistema de seguridad social y un derecho a la pensión justo.

§3. LA JUSTICIA COMO SUBSTRATO DEL DERECHO A LA PENSIÓN

59. La justicia distributiva como elemento inherente a la equidad

Se ha mencionado *supra* que el principio de solidaridad se encuentra particularmente identificado con el sistema de seguridad social, pues el aporte de los trabajadores activos sirve de sustento al otorgamiento de las pensiones de los trabajadores retirados. Sin embargo, ésta no debe ser sino una de las diversas manifestaciones que dicho principio debe proyectar al interior del sistema.

En efecto, si bien es cierto que la variedad de los regímenes pensionarios existentes en nuestra legislación impide que exista un tratamiento objetivamente uniforme para todas las personas pertenecientes al sistema de seguridad social (aunque, por el principio de igualdad la legislación debe procurar que tienda a unificarse), también lo es que, constitucionalmente, sí se puede establecer una homologación interna. Esto, desde luego, no implica que todos los pensionistas de determinado régimen sean titulares de un monto de pensión único, pues éste depende, entre otros factores, del aporte individual que cada persona efectúa al sistema, pero exige que no exista una distancia marcadamente inequitativa entre dichos montos, que esté desprovista de razonabilidad y proporcionalidad.

60. La equidad en términos económicos

Según un informe presentado por la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Trabajo y Promoción Social y el Ministerio de Economía y Finanzas, la pensión más alta del régimen del Decreto Ley N° 20530 es veintiséis veces mayor que la más baja³⁵. Obviamente, la ausencia de equidad al interior del régimen es manifiesta.

Este Tribunal, en un pronunciamiento anterior, ha declarado que el referido régimen previsional es un sistema inherentemente desfinanciado, pues, en la mayoría de casos, los aportes que los pensionistas han realizado durante sus años de actividad son claramente insuficientes para financiar los beneficios que perciben.

En los fundamentos 31 y 32 de la Sentencia de los Expedientes N° 0001-2004-AI/TC y 0002-2004-AI/TC, Caso Más de cinco mil ciudadanos, Sobre Fondo para la Asistencia Previsional, este Colegiado ha señalado lo siguiente:

“En efecto, durante 24 años (julio de 1979 a julio de 2003), la tasa de aporte al régimen del D.L. N° 20530 fue de 6% (sólo recientemente, a partir del mes de agosto

35 PCM/MTPS/MEF. Las principales preguntas sobre la Reforma Constitucional en materia pensionaria del DL 20530. Lima: 2004. p. 3.

de 2003, fue incrementada a 13%), factor que, obviamente, determina su inviabilidad, más aún si se toma en cuenta que fue en el año 1982 en que entró en vigencia la Ley N° 23495 que, en desarrollo de la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, permitió la nivelación progresiva e ilimitada de las pensiones con las remuneraciones de los trabajadores del sector público de las respectivas categorías.

De acuerdo a la información enviada por el Ministerio de Economía y Finanzas a solicitud de este Tribunal Constitucional, respecto de la relación de los altos funcionarios beneficiarios del Decreto Ley N° 20530, el informe 'Marco Macroeconómico Multianual 2004-2006 revisado' publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 31 de agosto de 2003), y a la información de conocimiento público proporcionada por el mismo Ministerio, publicada en www.proyecto20530.gob.pe, '[s]e estima que, bajo condiciones optimistas, el valor de los aportes al sistema entre 1974 y 2003 apenas alcanza US\$ 10,147 millones, en comparación con los US\$ 36,950 millones que fueron pagados en el mismo período. A futuro, se estima que sólo se recaudarán US\$ 149 millones en aportes, mientras que se tendrán que pagar pensiones por US\$ 24,564 millones.

Debido al reducido valor de los aportes, las pensiones del DL 20530 deben ser financiadas a través de recursos públicos, provenientes de los impuestos que pagamos todos los peruanos. Así, el costo del DL 20530 representa el 17% de los ingresos tributarios del Gobierno Central y el 81% de la inversión pública. En tal sentido, recursos que podrían destinarse a sectores prioritarios como la salud, la educación y la infraestructura básica, deben ser destinados al pago de pensiones de 290 mil pensionistas, que apenas representan el 2.5% de la PEA del país...

El costo anual para el Estado del régimen del DL 20530 asciende a S/ 5,206 millones. Este monto es financiado en gran medida a través de los impuestos, tasas y arbitrios pagados por la ciudadanía y es destinado a financiar los beneficios de 295 mil pensionistas de este sistema... Se estima que -para que una persona se jubile con una pensión equivalente al 100% de su sueldo, que luego sea transferida en su totalidad a su viuda de manera vitalicia, con sólo treinta años de servicios- se requeriría una tasa de aportes de equilibrio de, por lo menos, 38%, para que no requiera subsidio del Estado. Más aún si se considera que, al no existir edad mínima de jubilación y sólo requisitos de lapso de tiempo y de aportación en los cuales se incluye hasta los años de estudio para acceder a pensión nivelable, normalmente los pensionistas se han jubilado a una edad muy temprana, lo que tiende a alargar el período de pago de pensión”.

61. La limitación constitucional de la nivelación pensionaria

Luego de efectuada la reforma, la Primera Disposición Final y Transitoria enuncia ahora lo siguiente:

“Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe

de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria... Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de... no nivelación”.

Corresponde, entonces, precisar qué se entiende por nivelación y qué concepto de equidad subyace a este enunciado normativo, a la luz del carácter social del derecho a la pensión.

Debe señalarse, además, que según la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución reformada,

“(...) la ley dispondrá la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria”.

62. La contraposición de argumentos respecto a la nivelación de pensiones

Este tema está en correspondencia directa con el principio de solidaridad antes mencionado. Los demandantes han tratado de argumentar la existencia de una afectación a través de la reforma constitucional. Uno de ellos afirma que

“(...) la Nivelación de Pensiones como hecho jurídico, tuvo un solo momento de configuración y a la vez su norma de creación posee un supuesto de hecho normativo ya cumplido pues, por un lado, la referida configuración del derecho se da a la entrada en vigencia de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1979 y, por otro, el cumplimiento del supuesto de hecho normativo se dio cuando los beneficiarios del Régimen del Decreto Ley N° 20530 cumplieron con los requisitos para acceder a la Nivelación de Pensiones, esto es: a) Ser miembro del Decreto Ley N° 20530, y; b) Tener más de 20 años de servicios al Estado, situaciones éstas que antes de entrada en vigencia la Ley de Reforma Constitucional N° 28389... ya se había consolidado totalmente para aquellos trabajadores y pensionistas que cumplieron -según cada caso- con laborar 20 o más años a favor del Estado y en consecuencia para ellos no existen ‘hechos aun no cumplidos’”³⁶.

Otro defiende el impedimento de nivelación prescrito por la nueva Primera Disposición Final y Transitoria, al señalar que

“(...) la prohibición de nivelar las pensiones se encuentra dada de manera amplia y general, es decir, para todos los pensionistas, sin distinguir su capacidad adquisitiva, los años de servicio, la edad, etc., entonces, encontramos que la regla técnica de identificación de una adecuada aplicación del principio de igualdad se rompe, ya que la ley propugna tratar igual a los desiguales, es decir, sin tomar en consideración las diferencias objetivas existentes entre los mismos”³⁷.

A su turno, el demandado sostiene que

36 Demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-AI, p. 5 y demanda de inconstitucionalidad N° 0004-2005-PI, p. 10.

37 Demanda de inconstitucionalidad N° 050-2004-AI, p. 47.

“(…) la reforma constitucional ha sustituido la nivelación por la regla general de incremento que se aplica para otros pensionistas, tanto en el régimen del Decreto Ley N° 20530 para quienes tienen derecho a pensión no nivelable como en el régimen del Decreto Ley N° 19990. Se trata entonces de un cambio en el mecanismo de ajuste de la pensión, que en la demanda se califica como perjudicial no por razones estrictamente jurídicas, sino por razones de experiencia práctica, pues ha permitido a un grupo de pensionistas acceder a altas pensiones”³⁸.

64. La nivelación pensionaria como concreción de una inequidad pensionaria

El sistema de nivelación previsto en el régimen del Decreto Ley N° 20530 es el elemento fundamental que ha permitido ensanchar las diferencias entre las pensiones de este régimen, convirtiendo a cada pensionista, en base a la regla de la justicia conmutativa, en una célula aislada del sistema y dependiente de una condición externa, harto ventajosa para él, pero inequitativa para el resto: la remuneración del trabajador activo en el puesto en que cesó el pensionista. Dicha nivelación sólo podría pervivir basándose en la justicia distributiva, como manifestación concreta del principio de solidaridad, de manera tal que determinado *quantum* de las pensiones más altas del régimen, pueda aumentar las más bajas.

Indudablemente, tal opción implica una regresión en el caso de los titulares más beneficiados (los menos), pero en modo alguno podría considerarse que el principio de progresividad se encuentre comprometido, pues significa un avance para los más perjudicados (la mayoría). Esto configura una parte del contenido no esencial del derecho fundamental a la pensión, según como se explica *infra*.

La aplicación del principio de utilidad a la articulación de instituciones sociales permite afirmar que

“(…) no hay en principio razón alguna para que las mayores ganancias de algunos no puedan compensar las menores pérdidas de los otros... Desde el punto de vista de la utilidad, el carácter estricto de las nociones de justicia de sentido común tiene cierta utilidad”³⁹.

Como se ha manifestado precedentemente, el concepto de progresividad es uno netamente objetivo, motivo por el cual el análisis de las eventuales regresiones que en materia de seguridad social realice el Estado, debe hacerse considerando a un grupo de pensionistas no representativos de la situación que afronta el Estado en dicha materia. Pero, tampoco pueden desconocerse, como lo haría una interpretación utilitarista del bien común, más bien propia del Estado liberal, los derechos pensionarios de la minoría beneficiada; por cuanto ella accedió a dichas pensiones no por voluntad individual, sino por mandato del legislador. En consecuencia, cualquier

38 Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-PI, p. 23, 24, reiterada en la contestación de las demandas N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI.

39 RAWLS, John. Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia. Madrid, Tecnos, 1986. p. 59.

modificación a dicho régimen privilegiado de pensiones sólo puede ser promovido invocando el principio de solidaridad, en el que no se anula el derecho de la minoría, sino que se le redimensiona limitadamente.

65. La nivelación pensionaria como abuso del derecho

Sobre la base del artículo 103 de la Constitución, según el cual no se

“(…) ampara el abuso del derecho (…)”,

cuando los pensionistas pretenden que se mantenga un sistema de reajuste pensionario sobre la base de una nivelación, no están buscando otra cosa que utilizar ventajosamente su derecho a la pensión, con el propósito de asimilarlo al sistema remunerativo bajo una cuestionable fórmula de ‘cédula viva’.

Este Colegiado no puede ni debe avalar intento alguno de abuso en el ejercicio del derecho a la pensión.

66. La solidaridad como sustento del derecho a la pensión

El valor de la solidaridad se encuentra en el cimiento mismo de los derechos fundamentales, y cumple una función inspiradora de la organización social. Tiene su ámbito de actuación propio que explica derechos como los referidos al medio ambiente, así como a los derechos económicos, sociales y culturales. En la sentencia dictada en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC, este Colegiado declara que

“(…) de manera que los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución. Así, en algunos casos han sido planteados incluso como deberes de solidaridad que involucran no solo obligaciones del Estado, sino de toda la sociedad”.

En el marco del Estado social y democrático de derecho, el principio de solidaridad comporta el reconocimiento del ‘otro’, frente a la posición utilitarista de la búsqueda egoísta del beneficio exclusivo y excluyente, que mina las bases de la fraternidad y la unidad de la comunidad políticamente organizada.

En torno a ello, se acota que

“(…) el sentido más profundo del principio democrático radica en que el sujeto no reclama libertad sólo para sí, sino para los demás; el ‘yo’ quiere que también el ‘tú’ sea libre, porque ve en él su igual”⁴⁰.

En el caso, la ley de reforma impugnada no somete el derecho a la pensión a un concepto de bien común, pues, al ser ambos bienes constitucionales, deben realizarse y optimizarse en el conjunto de valores -tales como la igualdad y la solidaridad- e instituciones objetivas del Estado social y democrático de derecho.

40 KELSEN, Hans. Esencia y valor de la Democracia. Barcelona, Omega, 1977. 2ª ed. p. 129.

El reconocimiento de la solidaridad supone que

“(…) este tipo de derechos choca, para su eficacia plena, con la barrera de la escasez”. La solución que se dé a este problema, es de vital importancia en la medida que “de esta forma se evitará la crisis del Estado social, que se genera por demandas excesivas de titulares de este derecho y, por el déficit económico, que alcanza a la crisis fiscal del Estado, producido por su financiación”⁴¹.

67. Justicia e igualdad en la pensión

El derecho a la pensión se funda también en el valor de igualdad, que tiene como objetivo la protección de un colectivo concreto, el de los pensionistas, que por determinadas razones de edad, sexo o situaciones sociales, físicas, económicas, se encuentra en una situación de desventaja que es necesario compensar en el marco del Estado social y democrático de Derecho configurado por nuestra Constitución.

El derecho a la pensión, como expresión del valor de igualdad, utiliza la técnica de la equiparación desde el punto de vista de los objetivos, y de la diferenciación, desde el punto de vista de los medios empleados; es decir, de tratar desigualmente a los desiguales, en base a un test de la razonabilidad. Tiene por finalidad equiparar al resto de personas que no están incluidas y no son titulares de este derecho.

68. La pensión como medida de ‘igualación positiva’

El Estado social y democrático de derecho promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o tratamientos más favorables. Esto es lo que en la doctrina constitucional se conoce como discriminación positiva o acción positiva *-affirmative action-*. Su finalidad no es otra que compensar jurídicamente a los pensionistas de menores ingresos, así como a sus viudas y huérfanos. La reforma constitucional procura que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado.

No obstante, no se puede negar que es también un deber del Estado social y democrático de derecho promover en los colectivos sociales la igualdad individual entre sus miembros. Es que la Constitución no sólo reconoce a la igualdad en sentido formal, sino también material; motivo por el cual la reforma constitucional parte de reconocer que la igualdad material se identifica con asuntos pensionarios; es decir, con una justa distribución de los bienes sociales y materiales y, sobre todo, con la posibilidad de contar con las mismas oportunidades para conseguirlos. De ahí que sea una exigencia del Estado social y democrático de derecho corregir las desigualdades pensionarias hasta propiciar la igualdad objetiva y proporcional. Por ello, es constitucionalmente legítimo que el Estado, a través de medidas de igualación positiva, propenda a la igualdad material entre las personas.

41 PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, pp. 315, ss.

69. Las consecuencias de este reconocimiento

Por el modo como se encuentra configurada la seguridad social y el derecho a la pensión, en la actualidad coexisten varios sistemas que procuran el ejercicio adecuado de tal derecho. Esto es lo que constitucionalmente se reconoce como régimen especial. Sin embargo, su tratamiento también está concurrentemente regido por los principios de justicia e igualdad.

En el sector público existen básicamente dos regímenes claramente establecidos. Uno es el del Decreto Ley N° 20530, y otro el del Decreto Ley N° 19990. Con las modificaciones constitucionales realizadas, las desigualdades entre ambos se aminoran. Empero, si es el mismo derecho el que subsume ambos regímenes, el Estado debe procurar la asimilación de ambos sistemas, según las consideraciones expuestas.

El artículo 11 de la Constitución reconoce la existencia de un sistema privado y otro mixto. Por lo que atañe al primero, es necesario que las reglas desiguales con respecto a los sistemas públicos se homologuen en cuanto a sus objetivos básicos: libre acceso y retiro, así como una pensión digna. Las políticas gubernamentales tienen tal desafío, sobre todo después del reconocimiento de la Superintendencia de Banca, Seguros y de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

Al respecto, los demandantes han señalado que la reforma constitucional

“(...) sólo se les da la opción entre afiliarse al Sistema Nacional de Pensiones o al Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones, efectuándose así violación al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, entre otras garantías”⁴².

Debe recordarse que toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto, sino como una inversión social.

D. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA PENSIÓN

§1. LA PENSIÓN COMO DERECHO HUMANO, DERECHO FUNDAMENTAL O DERECHO CONSTITUCIONAL

70. Según los demandantes, la seguridad social es un derecho humano

Los accionantes consideran que la seguridad social y la pensión deben ser consideradas como verdaderos derechos humanos; así, aducen que

“(...) la seguridad social es considerada no sólo un componente esencial de los Sistemas de Protección Social Integral de la persona humana, sino un derecho humano fundamental. Así lo reconocen varios instrumentos internacionales sobre

42 Demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI, p. 34.

derechos humanos, los mismos que han sido formalmente ratificados por el Perú⁴³.

71. El sentido de la pensión como derecho humano

Los derechos humanos son la expresión jurídica de un conjunto de facultades y libertades humanas que encarnan las necesidades y aspiraciones de todo ser humano, con el fin de realizar una vida digna, racional y justa. Es decir que, con independencia de las circunstancias sociales y de las diferencias accidentales entre las personas, los derechos humanos son bienes que portan todos los seres humanos por su condición de tales.

Por ello, regulan la legitimidad de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos. La noción de derechos humanos en sí misma está sujeta de manera permanente a la tentación de manipularla. El Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, considera conveniente realizar una aproximación al tema desde la dogmática constitucional que permita su comprensión.

Sobre ellos es posible predicar que son tributarios de los principios de universalidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad e inalienabilidad, inviolabilidad, eficacia, trascendencia, interdependencia y complementariedad, igualdad, progresividad e irreversibilidad y corresponsabilidad. Estos principios deben integrarse a la concepción de derechos fundamentales planteados en la Constitución, que a su vez son resultado de las exigencias de los valores que coexisten en una sociedad política organizada, cuya plasmación normativa se encuentra en el derecho positivo. Mas, esta formulación constitucional no puede ser entendida restrictivamente como una positivización formalista de los derechos humanos, sino con el criterio de la inclusión de los instrumentos normativos de positivización, así como de las técnicas de su protección y garantía.

72. El derecho a la pensión: de derechos humanos a derechos fundamentales

La necesidad de la delimitación conceptual de los derechos fundamentales, con relación a otras categorías como los derechos humanos, es de suma importancia dada la función que cumplen dentro del Estado social y democrático de Derecho. El intérprete constitucional se encuentra obligado a participar de la tarea siempre abierta de profundizar en el estatuto jurídico y las garantías que comprenden los derechos fundamentales, que debe conjugarse con el consiguiente esfuerzo práctico para contribuir a su definitiva implantación.

Podemos partir por definir los derechos fundamentales como bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad. Esta noción tiene como contenido vinculante presupuestos éticos y componentes jurídicos que se desenvuelven en clave histórica. Éste es el sentido correcto en el cual debe concebirse el derecho a la pensión.

43 Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 33.

En atención a ello, los derechos fundamentales, como objetivo de autonomía moral, sirven para

“(…) designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales”⁴⁴.

La pensión también se plasma como exigencia de la dignidad humana, y por ello se encuentra garantizada normativamente. Los derechos fundamentales, como instituciones reconocidas por la Constitución, vinculan la actuación de los poderes públicos, orientan las políticas públicas y en general la labor del Estado -eficacia vertical-, e irradian las relaciones *inter privatos* -eficacia horizontal-.

En esencia, se supone que son derechos fundamentales

“(…) aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado no otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado”⁴⁵.

De esta forma, el Tribunal Constitucional considera necesario configurar la naturaleza de los derechos fundamentales, que encerrando en sí mismos una aspiración, deben ser percibidos por los seres humanos como una experiencia concreta de la vida cotidiana, para lo cual se deben garantizar condiciones objetivas para su pleno goce y ejercicio.

73. La naturaleza del derecho fundamental a la pensión

La definición de la pensión como derecho fundamental, y no como derecho humano, nos permite abordar su naturaleza como derecho incorporado al ordenamiento constitucional. Su positivización dará lugar a la formación de una regla jurídica, conforme a la cual su formulación normativa se regirá por el principio de validez de nuestro ordenamiento constitucional.

El artículo 11 de la Constitución no tiene la naturaleza de una norma jurídica tradicional, pues se trata de una disposición de textura abierta que consagra un derecho fundamental; en esa medida hace referencia a un contenido esencial constitucionalmente protegido, el cual tiene como substrato el resto de bienes y valores constitucionales; pero, a su vez, alude a una serie de garantías que no conforman su contenido irreductible, pero que son constitucionalmente protegidas y sujetas a desarrollo legislativo -en función a determinados criterios y límites-, dada su naturaleza de derecho de configuración legal.

44 PÉREZ LUÑO, Antonio. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid, Tecnos, 1991. 4ª ed. p.31.

45 SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Ob. cit. p. 169.

74. La pensión como derecho fundamental a la ‘procura existencial’

Los demandantes, respecto a la prohibición de nivelación de las pensiones con las remuneraciones, señalan que

“(…) esta prohibición equivale a vaciar de contenido el derecho pensionario nivelable reconocido por la Primera Disposición Final y Transitoria, por ser esta la característica propia y singular del régimen previsional del D.L. 20530”⁴⁶.

Este Colegiado considera que la garantía prescrita en el texto de la Primera Disposición Final y Transitoria anterior a la Ley de Reforma N° 28889, carece de la dimensión axiológico-objetiva de los derechos fundamentales. A diferencia de los artículos 10 y 11 de la Constitución, con mandatos de derechos fundamentales, la Primera Disposición Final y Transitoria sólo aparece como una fórmula de protección de bienes jurídicos, que goza de reconocimiento constitucional, pero que no puede reputarse como protectora de derecho fundamental, lo cual acarrea diferentes consecuencias jurídicas, según se revisará *infra*.

El derecho fundamental a la pensión tiene la naturaleza de derecho social -de contenido económico-. Surgido históricamente en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la ‘procura existencial’. De esta forma se supera la visión tradicional que suponía distintos niveles de protección entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, atendiendo al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y a que cada uno formaba un complejo de obligaciones de respeto y protección -negativas- y de garantía y promoción -positivas- por parte del Estado.

75. El triple contenido del derecho fundamental a la pensión

Frente a la clásica dualidad de contenidos de los derechos fundamentales, se impone como conveniente utilizar una nueva estructura, compuesta por tres elementos diferenciados.

Así,

“(…) en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas

46 Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 44.

facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales”⁴⁷.

Independientemente de la configuración del contenido esencial, que recién será desarrollada *infra* (*fundamento 107*), y que será la base para el control de los límites materiales de las reformas constitucionales, debe irse delineando la naturaleza de los contenidos no esenciales y de los contenidos adicionales, fórmulas ambas de expresión del contenido accidental del derecho fundamental a la pensión.

El contenido no esencial está compuesto por los toques y los reajustes pensionarios (como puede ser la nivelación). Sólo adquirirá relieve si reconoce otros bienes o derechos fundamentales en juego, como el derecho a la pensión de los que no pertenecen al régimen del Decreto Ley N° 20530 (artículo 11 de la Constitución) así como la protección de la seguridad social de todos los peruanos (artículo 10 de la Constitución). Asimismo, debe posibilitar la existencia de un bienestar general sustentado en un principio de justicia (artículo 44 de la Constitución).

La presencia de un contenido adicional guarda relación directa con el tema de los beneficiarios derivados del derecho fundamental a la pensión, es decir, con las personas favorecidas con la pensión de un titular fallecido, según se revisará *infra*. Por lo tanto, la pensión que corresponde recibir a viudas y a huérfanos es parte constitutiva del contenido adicional del derecho a la pensión, dado que permite que el derecho a la pensión tenga efectividad real.

76. El derecho fundamental a la pensión y la búsqueda de una digna calidad de vida

Este derecho es una concreción del derecho a la vida, en su sentido material, en atención al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y al *telos* constitucional orientado a la protección de la dignidad de la persona humana, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

“(…) la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

De esta forma, nuestro texto constitucional consagra la promoción de una digna calidad de vida entre sus ciudadanos como un auténtico deber jurídico, lo que comporta al mismo tiempo una definida opción en favor de un modelo cualitativo de Estado que encuentre en la persona humana su presupuesto ontológico, de expreso rechazo a una forma de mero desarrollo social y económico cuantitativo.

Es de esta forma como el derecho fundamental a la pensión permite alcanzar el desarrollo de la dignidad de los pensionistas. De ello se deriva su carácter de derecho fundamental específico, que supera las posiciones liberales que no aceptan un concepto de igualdad como diferenciación, pero que tampoco supone privilegios medievales que tengan por objeto un trato diferenciado estático a determinado colectivo para conseguir y mantener la desigualdad.

47 MEDINA GUERRERO, Manuel. La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales. Madrid, Ciencias Jurídicas / McGraw-Hill, 1996. p. 41.

En la definición del contenido de este derecho fundamental es factor gravitante el esfuerzo económico que el proceso pensionario exige de los poderes públicos y de la capacidad presupuestaria.

77. El derecho fundamental a la pensión y el reconocimiento constitucional a la pertenencia a un régimen pensionario

La reforma constitucional no degrada la jerarquía normativa del derecho fundamental a la pensión, puesto que su contenido esencial se mantiene irreductible y sujeto a las garantías de protección procesal en la vía constitucional, propias de este derecho. No se produce una pérdida de su carácter de derecho fundamental, ni la supresión del mismo, en la medida que el constituyente continúa brindando la cobertura constitucional a su contenido esencial (tema que será desarrollado *infra*), reservando al legislador ordinario la competencia de configurar y desarrollar el contenido no esencial y adicional del referido derecho.

Por ello, en el presente proceso de inconstitucionalidad, para ejercer un control de constitucionalidad *acorde* con las instituciones consagradas por la Constitución, este Tribunal, en cumplimiento de su función de supremo intérprete de la Constitución, considera necesario enfatizar que esta actividad legislativa de regulación o restricción está siempre sometida a la limitación del contenido esencial del derecho fundamental, porque cuando éste queda sometido a restricciones que lo hacen impracticable y lo despojan de protección constitucional, se produce un supuesto de vaciamiento, que es prohibido por nuestra Constitución, aspecto coherente con los límites a la reforma constitucional.

El texto de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución contiene un supuesto de legitimidad por el sujeto. El legislador ordinario no determina el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión; ello corresponderá a la voluntad constituyente instituida en el proceso de reforma constitucional.

78. Con la reforma constitucional no se ha producido la ‘desfundamentación’ del derecho a la pensión

La Primera Disposición Final y Transitoria reformada expresa lo siguiente:

“(…) las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda”.

Antes la norma señalaba que

“(…) los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias”.

Comparando ambas normas, uno de los demandantes concluye que existe una

“(…) ‘desconstitucionalización’ o ‘desfundamentación’ de los derechos a la seguridad social configurados en dicho régimen legal... En tal virtud, una materia

que se encontraba vedada a la obra del legislador ordinario, es ahora ‘legalizada’, operándose una degradación de su jerarquía normativa, que supone dejar totalmente en manos del legislador ordinario la regulación del derecho pensionario del régimen antes mencionado... La conversión de un derecho constitucional en un derecho de origen legal, privándolo por consiguiente del rango normativo y de los especiales mecanismos de protección procesal propios de esa categoría de derechos, no puede presentarse como una mera modificación de un derecho fundamental sino como la supresión del mismo, operación ésta vedada al poder de reforma constitucional del órgano legislativo”⁴⁸.

Este argumento ha sido reformulado por otro de los recurrentes cuando expresa que

“(…) no resulta factible aplicar a raja tabla y de manera retroactiva, las nuevas reglas sobre la nivelación u homologación de las pensiones, efectuándose así reducción a las mismas, toda vez que tal homologación se concedió casi al universo de pensionistas del DL N° 20530 con anterioridad a la vigencia de la norma, por el carácter *sui generis* de las leyes de excepción”⁴⁹.

Es conveniente dejar sentadas algunas cuestiones elementales, a partir de los conceptos reseñados respecto a los derechos fundamentales y derechos constitucionales. No compartimos lo señalado por los demandantes cuando afirman que se ha producido la ‘desfundamentación’ del derecho a la pensión y la seguridad social, en lo que se refiere a la nivelación de las pensiones de jubilación. La nivelación no es un elemento configurador del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión. La pensión, luego de la reforma constitucional, en ningún momento ha dejado de ser considerada como un derecho fundamental, por lo que deben ser declaradas infundadas en este extremo las demandas planteadas.

§2. LA TITULARIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN

79. La titularidad de los derechos fundamentales

Los demandantes esgrimen que los derechos fundamentales se caracterizan por su universalismo, precisando que pueden ser protegidos sin relación o comunicación propia con ningún contexto. Apoyándose en ello, abstraen la titularidad de la seguridad social -en el caso del derecho a la pensión- del ordenamiento constitucional, afirmando que es un derecho moral de valor universal, descontextualización que prescinde de las formas históricas y lo desvincula de las instituciones sociales concretas, así como del ámbito cultural, que forman la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

Este Tribunal considera que no se puede realizar una afirmación sobre el principio de universalidad de manera abstracta; los derechos están siempre presentes en la historia de la cultura e interactúan con los valores que le dan sustento, entre ellos la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la solidaridad y la estabilidad presupuestaria.

48 Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 43.

49 Demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI, p. 15.

El principio de la universalidad no supone absolutismo. Esta realización debe desplegarse dentro de un Estado que garantice la democracia como forma de organización del poder y los derechos de la persona humana. Sólo así se justifica plenamente la historicidad y la variabilidad de algunas pretensiones morales que fundamenten derechos, concreciones a las cuales debe atender el legislador.

80. La pensión como derecho universal

Los derechos fundamentales, en tanto racionales y válidos para todos los seres humanos, pero situados en un contexto histórico o social determinado, deben formar parte del sistema de valores protegidos por la Constitución y, en esa medida, estar sujetos al desarrollo constituyente y positivo que haga el legislador en la delimitación de su contenido accidental. Sólo así se ratifica la dimensión constitucional de esta materia, y el carácter de derecho fundamental de la pensión.

Ello no significa concebir los derechos fundamentales como una cuestión doméstica e interna de los Estados, ya que ello supondría plantear un concepto absoluto de soberanía estatuida como un conjunto de potestades, pero que desconoce que la soberanía también importa deberes y responsabilidades frente a los individuos sometidos a la jurisdicción del Estado y a la comunidad internacional. No cabe duda que actualmente nos encontramos inmersos en un contexto de internacionalización de los derechos, en cuyo fortalecimiento el Estado peruano se compromete. Mas, no debe confundirse esta concepción de la internacionalización de naturaleza espacial, que vendría a ser un punto de llegada, el *ethos* que inspira este proceso, con la universalización, que alude a un plano más sustantivo y racional.

El derecho a la pensión, por su contenido económico, no puede situarse en la universalidad reinterpretada como 'proceso de generalización', referida más a un objetivo político, a una meta ideal contraria en sí misma a su naturaleza de derecho fundamental específico. Al ser atribuidos a todos, sin establecer determinadas condiciones para su acceso, se convertirían no en derechos para unos sectores concretos de la población, sino para todos, carentes de una meta a alcanzar -la igualdad como equiparación-, que sólo sería posible en el caso de que se hubiera utilizado como medio la igualdad como diferenciación.

Esta concepción supone el riesgo de que estos propios derechos sirvan para mantener la desigualdad, beneficiando a quienes no lo necesitan realmente, puesto que un trato igual a los desiguales trae consigo una consecuencia injusta. Es a partir de este criterio de universalización en el que también se han fundado los demandantes para argumentar la existencia de un derecho progresivo.

81. El pensionista aportante como único titular del derecho fundamental a la pensión

El derecho fundamental a una pensión digna corresponde a toda persona, de conformidad con los artículos 2, 3 y 11 de la Constitución. Esta titularidad se ha ido conformando paulatinamente, y no corresponde ya exclusivamente al aportante; se ha ido incorporando, gracias a una configuración legal, a un grupo específico de personas distinto a quien aportó durante su vida (viudas, viudos, ascendientes y huérfanos). Éste constituirá, pues, el contenido adicional del derecho a la pensión.

De manera preliminar, y con cargo a un mayor desarrollo *infra* (Vid. Parte VI), se puede afirmar que el derecho fundamental a la pensión corresponde básicamente a quien ha aportado al sistema previsional.

Por ello, se consideró necesario en la reforma constitucional sincerar la cifra de beneficiarios del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. Es correcto que el Estado proteja especialmente a los titulares y beneficiarios del derecho, pero siempre y cuando jurídicamente les corresponda tal atención.

La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, actualmente señala que:

“Autorízase a la entidad competente del Gobierno Nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito”.

Sólo de esta manera, el derecho fundamental a la pensión se ajustará adecuadamente a los principios del equilibrio presupuestario y de la justicia redistributiva, a fin de no incorporar a personas que se hubiesen aprovechado de las deficiencias del sistema.

82. Los beneficiarios del derecho fundamental a la pensión

La Constitución tutela a la familia y a sus integrantes en los distintos estados de necesidad en los que pudieran encontrarse. Tal es el sentido del artículo 4 de la Constitución que promueve la tutela social de las personas a través de un sistema de seguridad social que les otorgue beneficios. Teniendo en cuenta ello, y en lo que a la cuestión previsional se refiere, se ha estatuido que los beneficiarios deben gozar de, por lo menos una parte, de los derechos pensionarios que el causante titular percibía.

La situación *sui generis* de los beneficiarios del Decreto Ley N° 20530 ha hecho que la reforma constitucional y la ley de nuevas reglas pensionarias establezcan algunas condiciones para su ejercicio.

La pretensión de los demandantes de atribuir genéricamente la titularidad del derecho a la pensión, sin su sometimiento a la regulación que haga el constituyente de su contenido no esencial y adicional, comportaría la utilización sin sustento constitucional de recursos económicos, lo cual colisionaría abiertamente el principio de solidaridad.

§3. LA PROGRESIVIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN Y LA TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

85. El carácter cerrado del régimen y la justicia redistributiva

El sistema de goce del beneficio previsional puede ser modificado siempre y cuando no se afecte el contenido esencial del derecho fundamental, de modo que aquellos beneficios que forman parte del contenido esencial del derecho, deben seguir siendo gozados o percibidos conforme a las reglas que permitieron su acceso. No porque se pretenda una aplicación ultraactiva de la ley que los previó en su momento, sino

porque se encuentran vinculados con el derecho fundamental al que llenan de contenido, lo que no ocurre con aquellos derechos de naturaleza legal que tienen por objeto complementar, a nivel legislativo ordinario, la forma como debe efectuarse la prestación de determinados beneficios que en modo alguno afecta el contenido esencial del derecho fundamental.

En consecuencia, el goce de los beneficios previstos en la ley no significa que estos tengan naturaleza constitucional, sino que pueden ser protegidos en dicha sede siempre que su goce o ejercicio se encuentre vinculado con el contenido esencial del derecho fundamental.

Tratándose de derechos de configuración legal, no toda la legislación ordinaria que tiene por objeto precisar los goces, beneficios o prestaciones, adquieren, *per se*, la condición de contenido esencial de los derechos fundamentales, sino que en la medida que desarrollan el derecho fundamental del que derivan, una vez que son otorgados al beneficiado, surten efectos con posterioridad incluso a las modificaciones que regularon a su otorgamiento (tal como ocurre en el caso del ingreso a un régimen previsional).

Por el contrario, las condiciones relativas al goce efectivo de determinadas prestaciones, derivadas justamente de los beneficios que forman parte del contenido no esencial y adicional derecho fundamental, sí pueden ser objeto de modificación, por tratarse de temas de legislación ordinaria (monto de la pensión en la medida que no se comprometa el mínimo legal, topes, condiciones de nivelación, entre otros), los que se rigen por la legislación vigente al momento en que pueden ser realizados o ejecutados.

86. El reconocimiento de los derechos adquiridos como elemento configurante de la progresividad

Según el nuevo artículo 103 de la Constitución,

“(…) la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”.

En este supuesto, uno de los demandantes señala que

“(…) el artículo 1° del precitado dispositivo legal atenta contra los derechos adquiridos de quienes ya gozaban de la pensión con anterioridad a la vigencia de la norma, toda vez que se afectaría a los derechos legalmente obtenidos al Régimen del DL N° 20530, al aplicárseles en adelante nuevas reglas para el goce de su pensión de cesantía, pudiéndose así reducir sus pensiones, ponerles topes, etc.”⁵²,

lo cual permite que otro de los recurrentes asevere que

“(…) propiciar que las normas se apliquen a las relaciones jurídicas existentes, en materia pensionaria significa despojar a los pensionistas de sus derechos ya

52 Demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI, pp. 9, 10.

obtenidos, implicaría una flagrante violación al principio de irretroactividad de la norma”⁵³.

Frente a tales posiciones, el demandado considera pertinente argumentar otra forma de comprender la norma constitucional mencionada. Así, afirma que

“(…) el erróneo entendimiento por parte de los demandantes de la Teoría de Hechos Cumplidos, los lleva a una pretensión insostenible y que es contraria a lo que ha venido sosteniendo el Tribunal Constitucional...: la posibilidad de establecer límites al derecho pensionario en función de la situación económica, social y política del país”⁵⁴.

87. La relación entre derecho y contenido esencial para configurar la progresividad de la pensión

El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, el mismo que será determinado claramente *infra* está afecto a las evoluciones y a los consensos sociales, mientras que el contenido accidental está sujeto a una definición progresiva por el legislador.

En cualquier caso, las transformaciones que se produzcan deben estar siempre orientadas a hacer más eficaz la protección de los derechos de la persona, no solo en lo referido a su consagración normativa, sino en cuanto a la identificación de mejores y más adecuados mecanismos para garantizar su vigencia.

Cuando se hace referencia a la definición progresiva por el legislador, este Colegiado alude al concepto de progresividad, que constituye un reconocimiento al hecho de que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales -entre los que se encuentra el derecho a la pensión- en general no puede lograrse en un breve periodo. Y es de esta forma como ha sido interpretado el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -ratificado por el Perú el 28 de abril de 1978-, que señala que:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

88. Las posibilidades económicas del Estado y el derecho a la pensión

El Estado debe cumplir sus obligaciones según sus limitaciones presupuestales. Ello no obsta para que deje de cumplirlas. Sólo de esta forma se podrá asegurar el ejercicio del derecho fundamental a la pensión.

53 Demanda de inconstitucionalidad N° 050-2004-AI, p. 34.

54 Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-PI, p. 23, reiterada en la contestación de las demandas N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI.

Uno de los principales argumentos de los demandantes es que la Ley N° 28389, que reforma el artículo 103 de la Constitución, afecta la debida protección constitucional a un derecho fundamental. En efecto, aducen que,

“(…) propiciar que las normas se apliquen a las relaciones jurídicas existentes, en materia pensionaria, significa despojar a los pensionistas de sus derechos ya obtenido, implicaría una flagrante violación al principio de irretroactividad de la norma, máxime si se trata de derechos humanos, ya que cualquier modificación constitucional o legal no puede aplicarse en forma regresiva o perjudicial a quienes ya ostentan un derecho humano fundamental adquirido”⁵⁵

Esta interpretación cuestiona la naturaleza misma del proceso de reforma constitucional y el carácter prescriptivo de los derechos fundamentales, e incluso la interpretación del principio de progresividad realizada por los órganos internacionales competentes en la materia. Ello no excluye, según lo ha desarrollado la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que

“(…) todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional e Derechos Económicos, sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”. Este reconocimiento, sin embargo, no debe llevar a interpretar equivocadamente que, la efectividad a lo largo del tiempo o progresiva, “priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto [Internacional e Derechos Económicos, sociales y Culturales], que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata”, pues las obligaciones mínimas no se eliminan “como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción”⁵⁶.

89. La exigencia del derecho a la pensión a partir de los principios sociales

Los principios sociales de la pensión enunciados supra, transitan en una confluencia entre la máxima protección posible y las posibilidades presupuestales del Estado para resguardarla.

55 Demanda de inconstitucionalidad N° 050-2004-AI/TC, p. 34.

56 Demanda de inconstitucionalidad N° 050-2004-AI/TC, p. 34.

El Estado social y democrático de derecho se despliega y concreta especialmente en los derechos fundamentales sociales, dentro de los cuales claramente se encuentra el derecho a la pensión.

Al respecto, uno de los demandantes refiere que

“(…) en esta etapa del Estado social, los derechos fundamentales, sean civiles y políticos, como sociales y económicos, comparten un tratamiento unitario e interdependiente, del que se deriva un conjunto de obligaciones y prestaciones positivas y negativas por parte del Estado para el desarrollo libre e igualitario de las personas en la comunidad”⁵⁷.

El Tribunal Constitucional ha advertido que la distinta eficacia que presentan los derechos constitucionales entre sí, no sólo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas diferencias, a su vez, pueden revestir significativas repercusiones prácticas. En tal sentido, debe distinguirse entre los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos, y los denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos (fundamento 9 de la Sentencia del Expediente N° 0011-2002-AI/TC).

90. El gasto público y la aplicación temporal del derecho fundamental a la pensión

Comúnmente, se entiende que a esta última categoría pertenecen los derechos fundamentales sociales y económicos, que, en tanto obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena. Tal es el sentido de la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que establece que

“(…) las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

Sin embargo, tal como se ha precisado, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, según el fundamento 36 de la Sentencia del Expediente N° 2945-2003-AA/TC,

“(…) no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas”.

Como se observará a continuación, la cantidad de afiliados al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 no era proporcional con el gasto que representaba al Estado peruano.

Por ello, si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir,

57 Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 27.

por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente su plena efectividad.

91. La progresividad del derecho a la pensión tras la reforma constitucional

Este Colegiado considera que, efectivamente, la plena realización de este derecho puede y debe lograrse de manera paulatina, y que es vocación del Estado, conforme a las obligaciones internacionales asumidas, ejecutar las medidas tendentes a que este objetivo se realice en un plazo razonablemente breve. Ello en concordancia con las exigencias del bienestar general, que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, deber impuesto al Estado por el artículo 44 de la Constitución.

Asimismo, estima que existe una serie de medidas de carácter inmediato que deben adoptarse, las cuales garanticen el goce y ejercicio de conformidad con el contenido esencial de este derecho fundamental, entre ellas efectuar las providencias legislativas indispensables acordes con la fuerza expansiva de los derechos y afianzar el carácter de justiciable del derecho fundamental a la pensión, lo cual permita que pueda ser invocado ante los tribunales. Ello supone, a su vez, la provisión de mayores recursos al Poder Judicial. Es necesario que se tenga en consideración la Sentencia de este Colegiado en el proceso de conflicto de competencia entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, Expediente N° 004-2004-CC/TC, en cuyo fundamento 9.9 se señaló que

“(…) la programación presupuestal conlleva un proceso permanente de raciocinio, proyección y previsión, que permite el establecimiento de determinadas metas gubernamentales que obligan necesariamente a la asignación de recursos económicos”.

92. El análisis de constitucionalidad de la reforma constitucional respecto a la aplicación de leyes en el tiempo

En cuanto a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 -en su texto anterior a la reforma constitucional-, su contenido era ciertamente cuestionable desde los niveles de protección que se deben brindar a los titulares del derecho fundamental a la pensión exigidos por la propia Constitución, puesto que no quedaban claros los criterios que permitirían resolver los supuestos de sucesión. Podría derivarse la consecuencia de

“(…) mantener la vigencia de la norma antigua aún cuando perjudica a los trabajadores o pensionistas, en el marco de una Constitución que no admite la retroactividad (…). Lo que resulta evidentemente ajeno al propósito de dicho precepto”⁵⁸.

58 NEVES MUJICA, Javier. Los derechos adquiridos en materia pensionaria, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en materia Laboral y Previsional. Lima, Academia de la Magistratura-Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004. p. 171.

Creemos que, en ese sentido, el artículo 3 de la Ley de Reforma N° 28389 sienta las bases de una transición en el sistema público del régimen de pensiones, fundada en el test de razonabilidad, que orienta la actuación del Estado y la regulación legal del ejercicio de derechos, tal como se puede observar como mayor detenimiento en el *fundamento 114*.

De esta forma, al no existir vulneración del régimen pensionario en su carácter de progresividad, no es inconstitucional la reforma del artículo 103 de la Constitución. Por tal razón, es infundada la demanda en tal extremo.

93. La aplicación inmediata de las nuevas reglas pensionarias

La aplicación inmediata de normas también es trascendente para que las desigualdades que atentan directamente contra la equidad pensionaria, puedan ser revertidas.

Por eso se ha señalado, como parte de la reformada Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que

“(…) las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda”.

Tal como se puede observar a continuación, la inequidad del sistema podría ser controlada, pues hasta antes de la reforma, las pensiones más altas dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530 eran, en promedio, veintiséis veces mayores que las pensiones más bajas. Con las nuevas reglas pensionarias en cinco años, aproximadamente, sólo serán siete veces mayores.

Visto ello, es necesario que las nuevas reglas se implementen con plazos para que la reducción de pensiones sea gradual para aquellos que estén sobre 1 UIT, teniendo en cuenta que la Ley N° 28449 ha determinado que el tope será de 2 UITs.

Por tal razón, también es correcto constitucionalmente que, a fin de conseguir la equidad pensionaria, subyacente en el artículo 11 de la Constitución, se haya autorizado, en la misma Primera Disposición Final y Transitoria,

“(…) iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito”.

Para esta labor encomendada a la autoridad administrativa, la reforma constitucional del artículo 11 de la Constitución reconoce la capacidad de una entidad del Gobierno para administrar los regímenes de pensiones a cargo del Estado.

§4. EL CARÁCTER PATRIMONIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN

96. El alcance genérico del derecho fundamental a la propiedad

La propiedad, como derecho fundamental, se encuentra prevista en el artículo 2 incisos 8 y 16 de la Constitución. Dicho derecho, desde una perspectiva iusprivatista, se concibe como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, el propietario puede servirse directamente del bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales.

Sin embargo, así entendido el derecho fundamental a la propiedad, parece atribuir a su titular un poder absoluto, lo cual no se condice con los postulados esenciales de los derechos fundamentales que reconoce en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro. Es por ello que el derecho a la propiedad debe ser interpretado no sólo con vista al artículo 2 incisos 8 y 16, sino también a la luz del artículo 70 de la Constitución, el cual establece que éste se

“(…) ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley”.

En efecto, desde la perspectiva constitucional, el derecho fundamental a la propiedad, como los demás derechos, posee un doble carácter: es un derecho subjetivo pero, a su vez, es una institución objetiva valorativa. Es decir, en nuestra Constitución se reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo o individual, sino también como una institución objetiva portadora de valores. Por ello, la determinación de su contenido esencial

“(…) no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como un mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por lo tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad”⁶².

Dado su doble carácter, el derecho fundamental a la propiedad no es un derecho absoluto, sino que tiene limitaciones que se traducen en obligaciones y deberes a cargo del propietario, previstas legalmente. Ello obliga, por un lado, a que el Estado regule su goce y ejercicio a través del establecimiento de límites establecidos por ley; y, por otro, impone al titular del derecho el deber de armonizar su ejercicio con el interés colectivo. La función social es, pues, consustancial al derecho de propiedad y su goce no puede ser realizado al margen del bien común, el cual constituye, en nuestro ordenamiento constitucional, un principio y un valor constitucional.

62 PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Madrid, Marcial Pons, 2000. 7ª Ed. p. 554.

97. La pensión como parte del patrimonio y no como propiedad

Bajo estas premisas es que se debe precisar si la pensión consta de los mismos atributos de la propiedad privada y, por lo tanto, si cabe equipararlos. Al respecto, debemos señalar que la pensión, si bien forma parte del patrimonio de la persona que goza de ese derecho, no se puede desprender, sin más, su asimilación con la propiedad, pues entre ellas existen diferencias notables que se manifiestan en su naturaleza jurídica, en los actos que pueden realizarse, en el modo de transferencia y en su titularidad.

Por su naturaleza, la pensión, a diferencia de la propiedad, no es un derecho real sobre un bien, sino un derecho a percibir un determinado monto de pago periódico al que se tiene acceso una vez que se han cumplido los requisitos legalmente establecidos.

En cuanto a los actos que pueden realizarse sobre la pensión, existen también diferencias bastante marcadas con la propiedad. Así, la pensión no puede ser objeto, por ejemplo, de determinados actos de libre disposición (compra-venta, permuta, donación, entre otros), ni es susceptible, como es evidente, de expropiación -como equivocadamente señalan los demandantes-. Por el modo como se transfiere tampoco se puede equiparar la pensión con la propiedad.

La pensión no es susceptible de ser transmitida por la sola autonomía de la voluntad del causante, como si se tratase de una herencia, pues se encuentra sujeta a determinados requisitos establecidos en la ley y que, sólo una vez que hubiesen sido satisfechos, podría generar su goce a éste o sus beneficiarios.

En cuanto a la titularidad, no siempre coincide el titular de la pensión con la persona beneficiada con ella, por lo que se debe distinguir entre el pensionista y el beneficiario. Es evidente, entonces, que la pensión no comporta los atributos privativos de la propiedad, de modo que es un absurdo jurídico asimilar la naturaleza de ambas como si de una se tratase.

Sin embargo, los demandantes han recurrido tanto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como a la de este Tribunal para sostener que la Ley N° 28389 -y, además, la Ley N° 28449- afectan su derecho a la propiedad. Es necesario, entonces, que este Colegiado se pronuncie también sobre estos argumentos.

98. La pensión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Los demandantes mencionan la Sentencia de la Corte Interamericana sobre el Caso de los Cinco Pensionistas vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, aseverando que, respecto al derecho de propiedad

“(…) la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que el derecho a recibir una pensión de jubilación, constituye un derecho adquirido, por cuanto la Constitución Peruana lo reconoce expresamente y, en la medida que este fue incorporado al patrimonio de los pensionistas, se encuentra amparado por el artículo 21° de la Convención que reconoce el derecho de propiedad... El criterio

de la Corte Interamericana es compartido, y asumido expresamente, por el Tribunal Constitucional peruano, que en varias ocasiones ha identificado el derecho a percibir pensión con el derecho de propiedad”⁶³.

En efecto, la Corte Interamericana estableció en tal sentencia, como parte del párrafo 103, que

“(…) a la luz de lo señalado en la Constitución Política del Perú, de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional peruano, de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención -el cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, y mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, esta Corte considera que, desde el momento en que [los cinco pensionistas] pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto-Ley N° 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto-ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto-ley y sus normas conexas. En otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto-Ley N° 20530 y en los términos del artículo 21 de la Convención Americana”.

Al retomar la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, la Corte Interamericana también reconoce las posibilidades de la caja fiscal para dar cumplimiento a la progresividad de los derechos fundamentales, tema que, a juicio de este Colegiado, es de importancia capital. Asimismo, se ha señalado en el fundamento 147, que

“(…) los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”.

99. El derecho a la pensión no incluye una exigencia de ‘nivelación’

El hecho que la Ley N° 28389, haya establecido que

“(…) no se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria”,

conduce a los demandantes a sostener que la prohibición de la nivelación pensiones

63 Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, pp. 50, ss.

“(…) equivale a vaciar de contenido el derecho pensionario nivelable reconocido por la Primera Disposición Final y Transitoria, por ser ésta la característica propia y singular del régimen previsional del D.L. 20530. Conviene precisar que la supresión de este derecho afecta, por igual, a todas las pensiones de dicho régimen y no únicamente, como falazmente lo ha sostenido la propaganda oficial”⁶⁴.

El Tribunal Constitucional no comparte el criterio de los demandantes. En efecto, como se explicará con detenimiento en el *fundamento 107*, el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión está constituido por el derecho de acceso a la pensión, por el derecho a no ser privado arbitrariamente de él y por el derecho a una pensión mínima.

Fuera de ese ámbito, se encuentra el contenido no esencial y adicional del derecho a la pensión, los que pueden ser configurados por el legislador a través de determinadas regulaciones, siempre que ellas no afecten el contenido esencial mediante intervenciones irrazonables que transgredan el principio de razonabilidad y proporcionalidad.

En el ámbito no esencial y adicional del derecho fundamental a la pensión, el legislador puede establecer determinadas regulaciones, sin que ello implique una intervención inconstitucional *per se*. De esta manera,

“(…) el legislador tiene un amplio margen de apreciación a la hora de regular y modificar las prestaciones para ‘adaptarlas a las necesidades del momento’, teniendo en cuenta el contexto general en que aquellas situaciones se producen, las circunstancias socioeconómicas, la disponibilidad de medios de financiación y las necesidades de los diversos grupos sociales, así como la importancia relativa de las mismas”⁶⁵.

Ahora bien, el hecho de que la ley de reforma prohíba la nivelación de pensiones con las remuneraciones, no implica la afectación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, pues la nivelación no forma parte de ese contenido, sino del no esencial; por el contrario, con un criterio de justicia e igualdad, el legislador ha establecido que la reducción del importe de las pensiones no se aplique a las remuneraciones que no superen la Unidad Impositiva Tributaria.

100. El derecho a la pensión no excluye la imposición de ‘topes máximos’

Los demandantes también sostienen que la Ley de Reforma Constitucional N° 28389 y la Ley N° 28449, que la desarrolla, dispone la aplicación de topes y la reducción de las pensiones. En tal sentido, arguyen que

“(…) el derecho fundamental a la seguridad social, concretado en el derecho a percibir una pensión nivelada, se ve gravemente afectado, no sólo en cuanto se

64 Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 44.

65 RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial). Barcelona, Ariel, 1995. p. 654.

elimina el derecho a su reajuste futuro por nivelación, sino porque su monto actual se verá reducido año tras año, hasta equipararse al denominado “monto máximo mensual”. Dicha disposición resulta abiertamente contradictoria con el artículo 10º de la Constitución, conforme al cual la finalidad del derecho a la seguridad social, que en él se reconoce, es asegurar a la persona ‘la elevación de su calidad de vida’⁶⁶.

Este Colegiado no comparte el criterio de los demandantes porque, como se ha señalado, no existe un derecho fundamental a la nivelación, dado que ésta no forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, sino a su contenido no esencial. Si así fuera, la ‘nivelación’ debería también aplicarse a otros regímenes pensionarios, pues de lo contrario se estaría incurriendo en un acto injustificado de discriminación.

Lo que debe quedar claro es que el establecimiento de topes pensionarios obedece a dos razones esenciales, a saber: la disponibilidad económica del sistema de seguridad social y el principio de solidaridad.

En efecto, en virtud del primero, el legislador puede regular las prestaciones de la seguridad social en función de la escasez de recursos o medios económicos limitados con los que cuenta el sistema. De ahí que el legislador, en la ley de reforma constitucional N° 28389, haya previsto que los regímenes pensionarios

“(…) deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación”.

En ese sentido, cuando fije un tope a la percepción de pensiones, el legislador no podrá sobrepasar el límite que se le ha otorgado en la reforma constitucional, al momento de apreciar aquellas circunstancias socioeconómicas condicionantes de la actualización del sistema de pensiones.

En virtud del principio de solidaridad se exige que

“(…) el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los desamparados con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de esos sacrificios, es decir, en el caso concreto, con independencia de que esas pensiones proporcionalmente altas sean pocas, su limitación tenga poca influencia en las finanzas públicas y en poco o nada beneficie a los pensionistas más modestos”⁶⁷.

Por estas consideraciones, y mientras el Estado garantice el pago de las pensiones y los montos de éstas cubran el mínimo de subsistencia, la fijación de topes no pueden ser tachada de inconstitucional. Será, entonces, constitucionalmente razonable y legítimo que se disponga la disminución progresiva del monto de las pensiones más elevadas -propio del contenido no esencial- y el incremento de las pensiones más bajas a un tope mínimo vital -propio del contenido esencial-.

66 Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 46.

67 SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda. Seguridad social y Constitución. Madrid, Civitas, 1995. p. 126.

Esta exigencia, que el Estado no puede evadir, se ha plasmado en el artículo 3 de la Ley N° 28389, al determinar que las reglas establecidas por la ley no podrán prever

“(…) la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria”.

Además, la propia ley de reforma constitucional prevé que el

“ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley”.

Queda claro que es constitucional el tratamiento que sobre la materia pensionaria ha realizado la Primera Disposición Final y Transitoria reformada.

E. EL DERECHO A LA PENSIÓN LUEGO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

§1. EL RESPETO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL AL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN

104. La necesidad de determinar el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión

La doctrina constitucional contemporánea, en referencia al contenido esencial de los derechos fundamentales, ha construido determinadas teorías a fin de determinar cuál es ese contenido irreductible que está inmerso en la estructura de cada derecho fundamental.

Se han planteado tres teorías, básicamente. Según la teoría relativa, el contenido esencial no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental, por lo que será todo aquello que queda después de una ponderación. No existe, pues, en esta teoría, un contenido esencial preestablecido, sino que éste debe ser determinado mediante la ponderación.

La teoría absoluta, por el contrario, parte del presupuesto de que en cada derecho fundamental existen dos zonas: una esfera permanente del derecho fundamental que constituye su contenido esencial -y en cuyo ámbito toda intervención del legislador se encuentra vedada- y otra parte accesorio o no esencial, en la cual son admisibles las intervenciones del legislador, pero a condición de que no sean arbitrarias, sino debidamente justificadas.

Para la teoría institucional, el contenido esencial de los derechos fundamentales, por un lado, no es algo que pueda ser desprendido de ‘por sí’ e independientemente del conjunto de la Constitución y de los otros bienes constitucionalmente reconocidos también como merecedores de tutela al lado de los derechos fundamentales; y, de

otro, que el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites, que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad⁷¹.

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori* por un acto carente de fundamento y al margen de los principios constitucionales, los valores superiores y los demás derechos fundamentales que la Constitución incorpora. Por lo que, a efectos de determinar el contenido esencial, deberán tomarse en cuenta no sólo las disposiciones constitucionales expresas, sino también los principios y valores superiores constitucionales. En este sentido, para el caso concreto, se determinará el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión.

105. La configuración del contenido esencial del derecho a la pensión

La Constitución, por lo menos, debe exigir al Estado la provisión de un mínimo vital, protegido como contenido esencial, a fin de que las personas desarrollen una vida digna, procurando la igualdad material entre ellas. Para ese efecto, es necesario que la protección del derecho a la vida digna sea una obligación exigible al Estado que éste debe cumplir durante todo el proceso vital de las personas.

Un principio constitucional que se debe tener en consideración es el de dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución). Este principio erige a la persona humana y el respeto de su dignidad como un fin supremo tanto de la sociedad como del Estado; principio que, como ya se señaló en el *fundamento 46*, proscribire que la persona humana sea tratada como objeto -o medio- de la acción del Estado; antes bien, debe promoverse su vigencia y respeto.

106. El reconocimiento de los valores subyacentes al contenido esencial de la pensión

Sobre esta base, y a la luz de los principios sustentadores del derecho a la pensión dentro del Estado social y democrático de derecho, se deben ponderar los valores superiores. Sin embargo, antes de referirnos al valor que está vinculado con esta determinación del contenido esencial, este Colegiado considera pertinente señalar que, si bien nuestra Constitución no incorpora expresamente una disposición constitucional que haga alusión a los valores superiores, ello no quiere decir, en modo alguno, que nuestra Constitución de 1993 no los consagre o carezca de ellos.

Esto es así en la medida que los valores que fundamentan el orden social y jurídico pueden deducirse implícitamente de dicho orden o venir expresados precisamente en una norma legal, o incluso en una norma constitucional. De ahí que se reconozca que los valores superiores poseen una triple dimensión:

“(…) a) fundamentadora, en el plano estático, del conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto (...); b) orientadora, en sentido dinámico, del orden jurídico-político hacia unas metas o fines predeterminados, que hacen ilegítima cualquier disposición

71 HÄBERLE. Peter. La libertad fundamental en el Estado constitucional. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1997. p. 117.

normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional; c) crítica, en cuanto que su función, como la de cualquier otro valor, reside en su idoneidad para servir de criterio o parámetro de valoración para justipreciar hechos o conductas. De forma que es posible un control jurisdiccional de todas las restantes normas del ordenamiento en lo que puedan entrañar de valor o disvalor, por su conformidad o infracción a los valores constitucionales⁷².

Guarda estrecha relación con este propósito el valor superior de igualdad, expuesto supra como principio. Éste no debe concebirse en su dimensión formal, sino en la material. Para su realización, en sentido material, se traduce en el criterio de igual satisfacción de las necesidades fundamentales.

Pero también el valor superior solidaridad, entendido como el deber de desarrollar, de acuerdo con las posibilidades y preferencias propias, una actividad o función que redunde en el progreso material o espiritual de la sociedad, debe ponderarse a efectos de determinar el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión.

El artículo 2 inciso 1 de la Constitución consagra el derecho fundamental a la vida y al bienestar de la persona humana. A partir de una interpretación sistemática de estas disposiciones constitucionales, debe precisarse que la Constitución no protege el derecho a la vida de las personas bajo cualquier circunstancia o condición, sino que garantiza a ellas el derecho a la vida con dignidad; para ello, el Estado debe promover las condiciones materiales mínimas a fin de que las personas tengan una vida digna que permita la realización de su bienestar. De ahí que uno de los deberes esenciales del Estado social y democrático de Derecho sea que los derechos fundamentales tengan vigencia real, confiriéndoles, para ello, una base y un contenido material mínimo.

107. El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión

Es deber del Estado y de la sociedad, en casos de disminución, suspensión o pérdida de la capacidad para el trabajo, asumir las prestaciones o regímenes de ayuda mutua obligatoria, destinados a cubrir o complementar las insuficiencias propias de ciertas etapas de la vida de las personas, o las que resulten del infortunio provenientes de riesgos eventuales. Ello se desprende de los artículos 10 y 11 de la Constitución.

De una interpretación sistemática de estas disposiciones constitucionales, y en concordancia con el principio de dignidad humana y con valores superiores como la igualdad y solidaridad, además de los derechos fundamentales a la vida y al bienestar, se puede inferir que la Constitución de 1993 reconoce el derecho fundamental a la pensión, el cual adquiere relevancia porque asegura a las personas llevar una vida en condiciones de dignidad e igualdad.

El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión está constituido por tres elementos, a saber:

72 PÉREZ LUÑO, Antonio. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. Ob. cit. p. 288.

- el derecho de acceso a una pensión;
- el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella; y,
- el derecho a una pensión mínima vital.

Mediante el derecho fundamental a la pensión, la Constitución de 1993 garantiza el acceso de las personas a una pensión que les permita llevar una vida en condiciones de dignidad. Este derecho fundamental también comporta el derecho de las personas a no ser privadas de modo arbitrario e injustificado de la pensión; de ahí que corresponda garantizar, frente a la privación arbitraria e irrazonable, el goce de este derecho, sin perjuicio de reconocer el disfrute de una pensión mínima vital como materialización concreta del clásico contenido esencial del derecho a la pensión.

108. La importancia del establecimiento de este contenido esencial

Estos tres elementos constituyen el núcleo duro del derecho fundamental a la pensión y en el cual el legislador no puede intervenir para restringir o privar a las personas de ese derecho. Precisamente, en este aspecto es muy importante rescatar lo que señala el artículo 3 de la Ley N° 28389.

Si se considera el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión como ya configurado, la ley de reforma constitucional no afecta dicho contenido en la medida que, si bien establece condiciones para el acceso a un determinado régimen pensionario, no impide el acceso a otros regímenes de pensiones asegura una pensión mínima. Es más, deja abierta la posibilidad para que sea el propio trabajador quien opte por un régimen público o privado de pensiones.

En tal sentido, esta parte de la Ley N° 28389 no es inconstitucional al no afectar el derecho a acceder a una pensión y al no privar, tampoco, arbitrariamente, de dicho derecho. Por lo tanto, es infundada la demanda en este extremo.

En cuanto al contenido no esencial compuesto por el reajuste pensionario y el tope pensionario máximo, la ley de reforma constitucional ha establecido el marco de su configuración legal, según se vera *infra*, lo cual no es inconstitucional. En igual sentido, el contenido adicional integrado por las pensiones de viudez, orfandad y de los ascendientes constituyen materia para la libre configuración del legislador, lo cual tampoco la vuelve inconstitucional.

4. ÁMBITO ADMINISTRATIVO

a. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA ANTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**EXP. N° 3283-2003-AA/TC
TAJ MAHAL DISCOTEQUE Y OTRA**

CASO

Con fecha 14 de abril de 2003, “Taj Mahal Discoteque” representada por don Teodoro Camayo Quinte, y “El Jeque Discoteque”, representada por doña Gloria Camayo de Ruiz, interponen acción de amparo contra la Municipalidad Provincial de Huancayo, por amenaza de sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa.

Alegan que se configura tal amenaza con la emisión de la Ordenanza Municipal N.º 039-MPH-CM, del 29 de marzo de 2001, que impide fácticamente el funcionamiento de sus establecimientos comerciales durante la denominada Semana Santa, puesto que el artículo 1º de la citada norma prohíbe la venta y consumo de licor en los bares, video pubs, discotecas, clubes nocturnos y similares desde la 00:00 horas del Viernes Santo hasta las 06:00 horas del Sábado Santo.

Asimismo sostienen que, conforme a lo establecido en su artículo 3.º, el incumplimiento de lo dispuesto motiva la imposición de sanciones equivalentes al 50% del costo de la Unidad Impositiva Tributaria.

A su juicio, la citada disposición impone la denominada “Ley seca” por razones religiosas en toda la ciudad de Huancayo, no obstante que el inciso 3) del artículo 2.º de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de culto, pretendiéndose así anteponer los dogmas y costumbres de la Iglesia Católica sobre todas las personas, creyentes, o no. Manifiestan que, de igual manera, se restringe la libertad de trabajo y de empresa de quienes se ven obligados a acatar la ordenanza, por lo que dicho acto administrativo es, evidentemente, inconstitucional.

La Municipalidad Provincial de Huancayo contesta la demanda deduciendo la excepción de caducidad, y niega y contradice la demanda expresando que la Ley Orgánica de Municipalidades confiere a las entidades ediles competencia y atribuciones para adoptar las medidas que sean pertinentes para regular la función de los establecimientos comerciales, pudiendo incluso ordenar su clausura cuando contraríen las normas reglamentarias.

Sostiene que la Ordenanza cuestionada no restringe el derecho a la libertad de trabajo por cuanto dichos negocios deben operar de acuerdo con las normas que contiene la Ordenanza N.º 039-MPH-CM, dado que se trata de establecimientos inmersos en la actividad de giro especiales, y están sujetos a la forma de ofrecer sus servicios en los días feriados.

El Primer Juzgado Civil de Huancayo, con fecha 4 de julio de 2003, declara fundada la excepción de caducidad, la nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso, estimando que la Ordenanza objetada fue expedida el 29 de marzo de 2001, mientras que la acción de amparo fue promovida con fecha 14 de abril de 2003.

La Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín, con fecha 9 de octubre de 2003, confirma la apelada, por los mismos argumentos.

FUNDAMENTOS

6. Ahora bien, la declaración o improcedencia de una acción de garantía está sujeta a las siguientes ocho hipótesis:

Primera hipótesis

De conformidad con lo establecido en el inciso 1) del artículo 6.º de la Ley N.º 23506, no proceden las acciones de garantía “En caso de haber cesado la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, o si la violación se ha convertido en irreparable [...]”. La acreditación de la cesación del acto violatorio se efectuará cuando objetiva e indubitadamente conste que una determinada conducta, que por acción u omisión violentaba un derecho constitucional, ha acabado, concluido o finalizado con anterioridad a la fecha de presentación de la acción de garantía correspondiente.

En ese orden de ideas, cabe consignar que los hechos que motivan una acción de garantía deben haber desaparecido o cesado in totum, habida cuenta que su mera suspensión o archivamiento provisional, no convierten en improcedente la acción de garantía incoada.

En el caso que la cesación del acto violatorio de un derecho constitucional se hubiese generado con posterioridad a la interposición de la acción de garantía, cuando se dicte sentencia se deberá declarar la sustracción de la materia; esto es, no habrá pronunciamiento sobre el fondo, debido a que sin directa intervención jurisdiccional las cosas han sido repuestas al estado anterior a la violación, otrora objeto de litis constitucional.

Respecto a la amenaza, se trata de actos que por acción expresa configuran una advertencia, intimidación, ultimátum o apercibimiento, o por omisión una dejación, inercia o pasividad funcional en la ejecución de actos de cumplimiento obligatorio, que de manera cierta e inminente se ciernen potencialmente sobre los derechos constitucionales de una persona. Cuando dicha amenaza cesa antes de la interposición de la demanda, la acción de garantía presentada deberá también ser declarada improcedente.

Segunda hipótesis

De acuerdo con lo establecido por el inciso 2) del artículo 6° de la Ley N.° 23506, no proceden las acciones de garantía “Contra resolución emanada de un procedimiento regular”. Debe precisarse que por procedimiento se entiende al conjunto de reglas que determinan la organización judicial, la tramitación de las controversias y la ejecución de la decisión judicial. En suma, plantea el itinerario a seguir para alcanzar una determinación del órgano juzgador. En ese orden de ideas, el concepto de procedimiento regular se adscribe a lo prescrito en la ley para tramitar una causa judicial.

El procedimiento será calificado como regular cuando la autoridad judicial competente para el caso concreto –por razones de turno, materia, función, cuantía y territorio– resuelva, previo cumplimiento de todos los actos judiciales señalados por la ley, dentro del orden y la sucesión previamente establecidos.

La irregularidad se presenta cuando la decisión judicial no ha sido emitida conforme a las formalidades procesales exigidas por la ley. Debe ser de tal magnitud que comprometa decididamente la tutela procesal efectiva, y que, por ende, desnaturalice el resultado natural del proceso.

En ese sentido, la irregularidad procedimental consistiría en impedir o restringir a una de las partes intervinientes en un proceso el ejercicio pleno de las garantías de la administración de justicia, consagradas en el artículo 139.º de la Constitución, así como de los demás derechos referidos al debido proceso y la tutela judicial efectiva derivados de los convenios internacionales de los cuales el Estado peruano es suscriptor. A guisa de ejemplo, un procedimiento irregular sería aquél en que se condena en ausencia, se vulnera el derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional, se impide o limita el derecho de defensa, se incumple el deber de motivar las resoluciones judiciales, se cercena el derecho a la instancia plural, se desconocen los efectos de la cosa juzgada, se vulnera el principio de predeterminación del juez natural, se aplica una ley por analogía en el ámbito penal, no se aplica la disposición más favorable al reo, etc.

La irregularidad necesariamente tiene que ser de naturaleza procesal; no comporta un cuestionamiento del fondo del asunto.

Asimismo, el artículo 10.º de la Ley N.° 25398 preceptúa que “Las anomalías que pudieran cometerse dentro del proceso al que se refiere el inciso 2) del artículo 6.º de la Ley N.° 23506, deben ventilarse y resolverse dentro de los mismos procesos mediante el ejercicio de los recursos que las normas procesales específicas establecen”. Las anomalías hacen referencia a yerros e incoherencias procesales leves y no significantes que, por tales, no ponen en cuestión el debido proceso, entre las cuales se encuentran el retardo en la resolución de un proceso, o la notificación indebida, etc. Por ello es que en la propia vía se deben ejercitar las acciones impugnativas correspondientes que permitan subsanar los actos morosos por acción u omisión.

Amparo contra Amparo

Singular tratamiento tienen los procesos de garantías denominados “amparo contra amparo”. Al respecto, en el caso *Ministerio de Pesquería vs. La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia* (Exp. N.º 200-2002-AA/TC), este colegiado precisó que sólo es admisible la interposición de una acción de amparo contra una resolución expedida en otra acción de amparo cuando:

- a) La violación al debido proceso resulte manifiestamente evidente. En este caso la carga de la prueba se convierte en una necesaria obligación del actor, ya que deberá demostrar fehacientemente la inconstitucionalidad que afirma.
- b) En la acción de amparo que se cuestiona, se hubiesen agotado la totalidad de los recursos que le franquea la ley al justiciable, necesarios para que la violación a algún derecho constitucional pueda ser evitada, y no obstante ello, el juzgador constitucional hiciese caso omiso de tales dispositivos, lo que se condice con lo dispuesto por el artículo 10.º de la Ley N.º 25398.
- c) Sólo se ventilen aspectos estrictamente formales del debido proceso, excluyendo toda posibilidad de análisis sobre el fondo.
- d) En el caso de sentencias constitucionales definitivas, éstas no tengan carácter favorable a la parte actora, de conformidad con lo establecido por el artículo 8.º de la Ley N.º 23506, ya que de lo contrario se contravendría el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada.
- e) Se trate de resoluciones emitidas en procesos constitucionales provenientes del Poder Judicial, y no del Tribunal Constitucional, toda vez que es el intérprete supremo de la Constitución y se pronuncia en última instancia en los procesos constitucionales de defensa de derechos amenazados o violados, por lo que resulta imposible que sus resoluciones sean inconstitucionales.

Amparo contra ley

La Constitución Política de 1993, en su artículo 200º, inciso 2), prescribe que “La Acción de Amparo procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.”

Esta prohibición constitucional debe interpretarse dentro de un todo constitucional, como lo sostiene Marcial Rubio Correa [“Estudio de la Constitución Política de 1993 Tomo 6”, Perú, PUCP, 1999, págs. 70, 71], al precisar que “(...) Estas reglas, por demás ciertas, deben ser sin embargo armonizadas con la existencia de las normas autoaplicativas, porque en la esencia de ellas mismas está el ser hechos que, si mal concebidos desde el punto de vista constitucional, agravian derechos”.

Al respecto, un amplio sector doctrinario considera que no es conveniente impedir el empleo del Amparo contra normas legales –Amparo Directo, según la denominación otorgada por la doctrina–, pues existen normas legales de ejecución inmediata (conocidas como normas autoaplicativas), que no requieren de ningún acto adicional

para ser aplicadas a casos concretos, ya que desde su vigencia lesionan derechos constitucionales. Como ejemplos de normas autoaplicativas tenemos a las normas que declaran nulidad de actos o las que expropián un determinado bien.

Esta postura ha sido adoptada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el caso *Elva Bertila Herrera Mirabal vs. Ministerio del Interior* (Exp. N.º 1152-97-AA/TC), precisando que “(...) no cabe invocar la causal de improcedencia prevista el segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200.º de la Constitución Política del Estado, habida cuenta de que la regla según la cual no procede el amparo contra normas legales, si bien tiene asidero cuando se trata de normas heteroaplicativas, no rige para casos como el presente, en que se trata del cuestionamiento de una norma de naturaleza autoaplicativa o, lo que es lo mismo, creadora de situaciones jurídicas inmediatas, sin la necesidad de actos concretos de aplicación. De allí que para este último supuesto, (...) sí es viable interponer la acción constitucional correspondiente directamente contra la norma estimada como violatoria de derechos, a efectos de solicitar su inaplicabilidad, como se ha hecho en el presente caso”.

La inaplicabilidad de la norma legal violatoria de derechos fundamentales está prevista en el artículo 3.º de la Ley N.º 23506, de Hábeas Corpus y Amparo; en el artículo 33.º de su complementaria, Ley N.º 25398; y en la segunda Disposición General de la Ley N.º 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional.

Tercera hipótesis

De conformidad con lo establecido en el inciso 3) del artículo 6.º de la Ley N.º 23506, no proceden las acciones de garantía “Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria”. Este dispositivo hace referencia a la denominada vía paralela; es decir, aquella vía que tópicamente satisface la defensa de un derecho constitucional y consigue la reposición de las cosas al estado anterior de una violación constitucional.

Germán Bidart Campos [“Régimen legal y jurisprudencial del amparo”, Buenos Aires, Ediar, 1968, págs. 186-187], afirma que la vía paralela es todo aquel medio de defensa del que dispone el supuesto afectado con la violación de un derecho constitucional para articular ante una autoridad competente una pretensión jurídica al margen de la acción de amparo. De igual manera, Samuel Abad Yupanqui [“Acción de Amparo y vías paralelas”, Cit. en “Lecturas sobre Temas Constitucionales N.º 4”, 1990, Comisión Andina de Juristas, Lima, pág. 140] concibe como vías paralelas “(...) convergentes o concurrentes, a todo procedimiento judicial (ordinario, sumario, especial, etc) distinto al amparo, mediante el cual se puede obtener la protección del derecho constitucional o amenazado”.

La jurisprudencia del extinto Tribunal de Garantías Constitucionales [Caso *Gilberto Cueva Martín vs. Vigésimo Tercer Juzgado Civil de Lima y Otros/1986*; Caso *Luis Gamio García vs. Banco de la Nación/1986*] establece que el inciso 3) del artículo 6º de la Ley N.º 23506, reconoce al supuesto afectado el derecho de opción para utilizar la vía judicial ordinaria o la vía constitucional del amparo; vale decir, subraya la recurrencia alternativa y no residual de la acción de amparo.

Así, cuando el supuesto afectado elige la vía ordinaria concurrente o paralela, cancela ineludiblemente la posibilidad de utilizar simultáneamente la acción de amparo; con ello se evita que existan sincrónicamente dos relaciones procesales con el mismo objeto, que se expidan resoluciones contradictorias o que se admitan potestades procesales atentatorias al principio de igualdad.

Como expone Abad Yupanqui en la lectura precitada, “(...) se niega la posibilidad de obtener pronunciamiento de mérito, es decir, sobre el fondo del problema planteado, si es que el agraviado utilizó una vía judicial y esta se encuentra en trámite o si dicha vía ha concluido causando cosa juzgada”.

La persona afectada por la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional podrá, en principio, escoger entre dos o más acciones judiciales para procurar el goce efectivo de su derecho conculcado. La adopción de una de ellas generará, *ipso facto*, la imposibilidad jurídica de ejecutar simultáneamente la otra.

Cuarta hipótesis

Según el inciso 4) del artículo 6.º de la Ley N.º 23506, no proceden las acciones de garantía “De las dependencias administrativas incluyendo las empresas públicas, contra los poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones”. Al respecto, cabe señalar que los derechos constitucionales se constituyen en la forma más efectiva para proteger a la persona humana frente al ejercicio abusivo del poder, siendo evidente que los órganos del Estado no tienen derechos o facultades, por su propia naturaleza, sino competencias previas y taxativamente señaladas por la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad. Por ende, no les alcanza lo previsto en el numeral 24., inciso a) del artículo 2.º de nuestro Texto Fundamental, que expresamente dispone que: “Toda persona tiene derecho: [...] A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a) Nadie esta obligado, a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

El mandato del inciso 4) de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, impide a las instituciones públicas descentralizadas, sociedades de beneficencia, empresas públicas y demás dependencias administrativas en general, la interposición de acciones de garantía contra los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y demás organismos creados por la Constitución, por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones.

Quinta hipótesis

A tenor del artículo 37.º de la Ley N.º 23506, no procede la interposición de la acción de amparo por prescripción extintiva de la acción. El referido artículo precisa que “El ejercicio de la Acción Amparo caduca a los sesenta días hábiles de producida la afectación siempre que el interesado, en aquella fecha, se hubiera hallado en la posibilidad de interponer la acción. Si en dicha fecha esto no hubiere sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento”. El Tribunal Constitucional, en vía de interpretación mutativa, considera la caducidad como una prescripción extintiva.

Así, en la acción de amparo de Eteselva S.R.L. vs. Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (Exp. N.º 1049-2003-AA/TC), estimó que “Teniendo en cuenta que por su propia naturaleza y que por que así lo establece la Primera Disposición General y Transitoria de la Ley N.º 26435, el Tribunal Constitucional realiza la interpretación de la Constitución y las leyes [...]. Por otro lado, ante la interposición de una demanda de amparo extemporánea el transcurso del plazo no extingue el derecho constitucional invocado, toda vez que su defensa podrá realizarse en las vías procesales ordinarias –distintas del amparo- que ofrezca el ordenamiento. Por lo tanto [...] interpreta que el plazo indicado en el artículo 37.º de la Ley N.º 23506 no es un plazo de caducidad, pues su transcurso no extingue el derecho constitucional agraviado sino, simplemente, cancela la posibilidad de la vía procesal urgente del amparo para su protección (...)”; y agrega que “(...) si el transcurso del plazo extinguiera el derecho constitucional cuya protección se solicita, entonces este Colegiado necesariamente se debería expresar en términos de caducidad. Dado que no es así, en función de lo expuesto se puede concluir que, independientemente del defecto en el *nomen iuris* utilizado por el legislador, el artículo 37.º de la Ley N.º 23506 regula el plazo de prescripción extintiva para la interposición de la demanda de amparo”.

De otro lado, el artículo 26º de la Ley N.º 25398 establece que el plazo de prescripción extintiva se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad.

En caso que la afectación y la orden que la ampara se ejecuten simultáneamente, el cómputo del plazo de prescripción se iniciará en dicho momento. Si los actos que constituyen la afectación son continuados o de tracto sucesivo, el plazo se computará desde la última fecha en que se realizó la última agresión.

Sexta hipótesis

De conformidad con el inciso a) del artículo 16.º de la Ley N.º 25398, no procede la acción de hábeas corpus “Cuando el recurrente tenga instrucción abierta o se halla sometido a juicio por los hechos que originen la acción de garantía”. La citada causal plantea dos posibilidades procesalmente sucesivas:

- a) La primera se refiere a la instrucción abierta, que es la primera etapa del proceso penal, y que eventualmente permite recolectar la prueba de la realización de un acto ilícito y, por ello, autoriza al representante del Ministerio Público para decidir la formulación de acusación penal. Por ende, tiene como finalidad determinar si la conducta incriminada es delictiva, las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.
- b) La segunda, en puridad, se refiere al juzgamiento, que es la segunda etapa del proceso penal, la cual tiene por objeto emitir una decisión exculpatoria o inculpatoria respecto a la acusación formulada por el representante del Ministerio Público.

En ambas circunstancias se declarará improcedente la acción de hábeas corpus, puesto que los hechos que los originan son los mismos.

Sétima hipótesis

Según el inciso b) del artículo 16.º de la Ley N.º 25398, no procede la acción de hábeas corpus “Cuando la detención que motiva el recurso ha sido ordenada por juez competente dentro de un proceso regular”. La detención, entendida como la privación de la libertad con carácter preventivo dentro del ámbito de un proceso judicial, debe ser dictada por juez dotado con poder jurisdiccional para conocer el caso del afectado, y dentro de un proceso en donde se encuentren garantizados el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

En cuanto a la competencia del juez penal, se determina por razón del territorio, función (condicionada a la estructura jerárquica del Poder Judicial), conexión, naturaleza de la infracción penal y la función o cargo público que ocupe el imputado; y en cuanto al juez civil, se establece por razón de la materia, territorio, cuantía y función.

Como bien puntualiza Alberto Borea Odría [“Evolución de las Garantías Constitucionales”, Lima, Grigley, 1996, pág. 208], “(...)en el caso de un procedimiento regular que está siendo tramitado por los jueces competentes, no procede la Acción de Hábeas Corpus, (*puesto*) que lo relativo a la libertad de la persona tiene que ser visto por el propio juez y dentro del mismo procedimiento en el que se está esclareciendo su situación jurídica (...)”.

Octava hipótesis

Finalmente, el inciso c) del artículo 16º de la Ley N.º 23598 preceptúa que no procede la acción de hábeas corpus “En materia de liberación del detenido, cuando el recurrente sea prófugo de la justicia, o desertor de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional o evasor de la conscripción militar, o militar en servicio arrestado por sus jefes o esté cumpliendo pena privativa de la libertad ordenada por los jueces”.

Como corolario, es menester enfatizar que no existe impedimento para la interposición de una acción de hábeas corpus cuando una persona se encuentre procesada por el delito de traición a la patria previsto en el artículo 325.º del Código Penal, en cuyo caso se aplicarán las reglas previstas en las Leyes N.os 23506 y 25398. La frase “o traición a la patria” que consigna el artículo 6.º de Decreto Ley N.º 25659, modificado por el artículo 2.º de la Ley N.º 26248, relativo a las acciones de hábeas corpus, fue declarada inconstitucional por este Colegiado en la sentencia recaída en el caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos vs. Estado (Exp. N.º 010-2002-AI/TC). Debido a ello, el citado artículo subsiste de la siguiente manera: “La acción de hábeas corpus es procedente en los supuestos previstos en el artículo 12.º de la Ley N.º 23506, en favor de los detenidos, implicados o procesados por los delitos de terrorismo, debiendo observarse las siguientes normas de procedimiento: (...)”.

Similar situación se produce con lo originariamente establecido en el artículo 38º de la Ley N.º 23506, es decir, que “No proceden las acciones de Hábeas Corpus y Amparo respecto de las garantías y derechos señalados específicamente en el artículo 231º de la Constitución Política (hace referencia al texto de 1979)”. Ello porque dicha norma fue derogada implícitamente por el artículo 200º de la Constitución de 1993, que

expresamente establece que “El ejercicio de las acciones de Hábeas Corpus y de Amparo no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137° de la Constitución”.

El caso de las condiciones de procedibilidad en la presente litis

7. Por lo expuesto precedentemente, debe desestimarse la excepción de caducidad prevista en el artículo 37° de la Ley N.° 23506, deducida por la emplazada, dado que lo que se cuestiona mediante el presente proceso es, *prima facie*, un estado de amenaza cierta, pues existe una norma jurídica que justifica los actos cuestionados, y además inminente, debido a que existe fecha determinada para la consolidación de tales actos. En el mismo sentido, si la demanda hubiese sido planteada mucho tiempo después de haberse aprobado la Ordenanza en referencia, no se cancelaría la posibilidad de objetarla mediante el amparo constitucional, teniendo en cuenta que lo que se cuestiona no es el contenido total de dicha norma, sino específicas restricciones condicionadas a determinados periodos de tiempo.

8. Asimismo, tampoco debe omitirse que si la norma respectiva establece las restricciones antedichas de una forma tal que las mismas se reiteran una vez por año o en cada oportunidad en que acaece la Semana Santa, se configura un contexto de amenazas o transgresiones de naturaleza sucesiva, frente a las cuales, y como ya lo ha señalado este Colegiado en jurisprudencia uniforme y reiterada, no cabe contabilizar término de prescripción alguno. Es evidente, entonces, que en el caso de autos se presenta una coexistencia de los denominados actos en expectativa y actos de tracto sucesivo, por lo que resulta inaplicable la causal de improcedencia establecida en el inciso 1) del artículo 6.º de la Ley N.º 23506, que dispone que no proceden las acciones de garantía “En caso de haber cesado la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, o si la violación se ha convertido en irreparable [...]”, pues los hechos que motivan la presente acción de garantía no han desaparecido o cesado en su totalidad.

9. Tampoco cabe considerar que en el caso de autos se ha producido sustracción de materia, pues aunque la demanda fue interpuesta faltando pocos días para la concreción de la amenaza señalada, y su trámite prosiguió aún después de verificada ésta, debe volverse a reiterar que, en el presente caso, una situación semejante o prácticamente igual se vuelve a configurar por cada periodo anual, sin que pueda afirmarse que porque ya transcurrió una primera Semana Santa desde que las demandantes interpusieron el presente proceso, no pueda ello, en lo sucesivo, volverse a repetir en idénticas condiciones, tanto más si la norma materia de autos se encuentra vigente para todos sus efectos.

Amparo contra ordenanzas

10. Un segundo aspecto a tomar en cuenta tiene que ver con el cuestionamiento directo las demandantes a la Ordenanza emitida por la Municipalidad emplazada, norma que tiene rango de ley, según lo contempla la Constitución, y que establece además que contra ella procede la acción de inconstitucionalidad. Aunque sobre este aspecto se ha invocado el precepto constitucional según el cual no procede el amparo contra normas legales, este Tribunal considera pertinente precisar que en el caso de

autos, y en tanto la Ordenanza cuestionada dispone restricciones y sanciones sobre todos aquellos que incumplan en abstracto sus disposiciones, queda claro que por sus alcances se trata, en el supuesto examinado, de una norma de naturaleza autoaplicativa que, como tal, no requiere actos concretos de utilización, ya que desde su sola entrada en vigencia genera una serie de efectos jurídicos, que son los que precisamente se cuestionan mediante la presente demanda. Por consiguiente, tomando en consideración lo expuesto en el Fundamento N.º 6, supra, por tratarse la ordenanza materia de controversia de una disposición autoaplicativa, no opera la prohibición de interponer demandas de amparo contra normas, razón por la cual debe desestimarse el argumento de la demandada referido a la inexistencia de este requisito de procedibilidad.

Verificadas las condiciones de procedibilidad de la presente acción, este Tribunal se encuentra en condiciones de resolver sobre el fondo del asunto controvertido.

B. La determinación de las competencias de los gobiernos municipales en relación a la empresas comerciales que operan dentro de sus jurisdicciones.

11. Las Municipalidades son definidas como gobiernos locales que ejercen su competencia en la circunscripción de las provincias y distritos del Estado, y tienen una pluralidad de tareas, las cuales le son asignadas atendiendo a lo siguiente:

a) Competencia por territorio.

Según ésta, las municipalidades, sean provinciales, distritales o delegadas, cuando ejercen sus atribuciones normativas, administrativas o económicas, sólo deben referirse a las circunscripciones geográficas para las cuales han sido elegidas (esto se conoce como la Jurisdicción).

b) Competencia por grado.

Se refiere a que, sin perjuicio de su autonomía, entre las municipalidades provinciales, distritales y delegadas existen dos tipos de relaciones: de coordinación, para las labores conjuntas, y de subordinación de las segundas para con las primeras, en el sentido que deben someterse a la decisión final o a su autorización que según el caso emitan. Se establece, así, un criterio de jerarquía.

c) Competencia por materia.

Según la cual, los campos específicos en los cuales las municipalidades pueden actuar, se encuentran enumerados en la Ley Orgánica de Municipalidades.

12. En principio, es inobjetable que los gobiernos municipales gozan de determinadas competencias por la materia relacionadas a los establecimientos comerciales, sobre todo en lo vinculado a la autorización de funcionamiento y control de sus operaciones, de modo que se garantice el cumplimiento de las normas legales, el orden público, las buenas costumbres y el respeto a los derechos de los ciudadanos, conforme lo estableció en su momento el inciso 7) del artículo 68.º de la Ley Orgánica de Municipalidades (vigente al momento de plantearse la presente controversia), concordante con los artículos 80º y 83º de la nueva Ley Orgánica de Municipalidades (Nº 27972).

13. Dentro de dicho contexto, queda claro que la regulación y fiscalización de una determinada actividad comercial son actividades plenamente legítimas. Por ende, determinados derechos relacionados con dicha actividad pueden –relativamente– ser objeto de reglamentación.

b. PRECEDENTES VINCULANTES EN MATERIA ADMINISTRATIVA

EXP. N° 1966-2005-PHC/TC CÉSAR AUGUSTO LOZANO ORMEÑO

CASO

El recurrente, con fecha 17 de enero de 2005, interpone demanda de hábeas corpus contra el Jefe del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC) de Puerto Maldonado, solicitando que se ordene la expedición de su Documento Nacional de Identidad (DNI). Refiere que desde el 16 de mayo de 2004 en que acudió a las oficinas del RENIEC – Puerto Maldonado con la finalidad de tramitar el canje de su libreta electoral por el DNI, el funcionario encargado no cumple con hacerle entrega de dicho documento, argumentando que en la base de datos no aparece registrado su nombre. Sostiene que para obtener su libreta electoral satisfizo todos los requisitos exigidos por el ente estatal, por lo que portó dicho documento de identidad en los últimos años e hizo ejercicio de todos sus derechos civiles, y que por ello es inconcebible que ahora se le exija presentar nuevamente su partida de nacimiento como condición para la entrega de su DNI.

La Administradora de la Agencia de la RENIEC de la provincia de Tambopata rinde su declaración explicativa precisando que no se ha negado la entrega del nuevo DNI al demandante, sino que el trámite administrativo ha sido observado por el Área de Procesos en la ciudad de Lima, por figurar el apellido materno del demandante enmendado en la boleta y en el libro Registro de Inscripción, razón por la que se le solicitó que presente su partida de nacimiento y una prueba decadactilar para remitirlos a Lima y culminar el trámite correspondiente.

El Primer Juzgado Mixto de Tambopata, con fecha 17 de enero de 2005, declaró improcedente la demanda, por considerar que no se ha afectado derecho constitucional alguno del recurrente, pues éste debe cumplir con subsanar la observación realizada por la entidad emplazada, y que un eventual mandato al órgano jurisdiccional para que tramite el canje de la libreta electoral por el DNI omitiendo la presentación de los documentos solicitados significaría un peligro para el Estado, pues no se cumpliría la identificación plena y legal de sus ciudadanos.

La Sala Mixta Descentralizada de Puerto Maldonado de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, con fecha 16 de febrero de 2005 confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

PRECEDENTE

§ El debido proceso en los procedimientos ante el RENIEC

14. En el caso de autos se advierte que el demandante inició un procedimiento administrativo ante RENIEC que fue observado debido a que se constató que en la boleta y en el libro Registro de Inscripción su apellido materno se encontraba enmendado, motivo por el cual se le requirió para que presentara su partida de nacimiento y se haga una prueba decadactilar. Dicha enmendadura se presenta en documentos en los cuales la consignación de datos –y por tanto los errores en que se haya incurrido– es de exclusiva responsabilidad del ente administrador; documentos que, por lo demás, obran actualmente en su poder. De otro lado, es responsabilidad y competencia del RENIEC la custodia de los documentos que sustentan los hechos inscritos (Títulos Archivados), los mismos que, en el caso de autos, deberán servir para verificar los datos del Registro.

15. En caso no se cuente con el título archivado requerido –por haber desaparecido, haber sido mutilado o destruido a consecuencia de negligencia propia, hechos fortuitos o actos delictivos–, también es responsabilidad del RENIEC, a fin de verificar datos que pudieran estar observados, gestionar de oficio dichos documentos, solicitándolos a las entidades correspondientes, más aún si se trata de oficinas registrales que forman parte del sistema registral o de municipalidades con las cuales tiene estrecha y permanente vinculación por mandato de su propia ley orgánica. En el presente caso es evidente que la actuación de RENIEC no se ha sujetado a tales prescripciones, de modo que ha inobservado los principios de impulso de oficio, celeridad y simplicidad, vulnerando el derecho constitucional del demandante al debido proceso en sede administrativa, al causar una demora innecesaria en la expedición de su Documento Nacional de Identidad.

16. Por lo expuesto, este Colegiado considera necesario disponer que el RENIEC, en un plazo máximo de cinco días útiles de notificada la presente demanda, gestione ante la oficina registral o entidad correspondiente la expedición de la partida de nacimiento del recurrente, quien, por su parte, deberá cumplir con registrar sus huellas decadactilares, a fin de culminar el trámite de canje de libreta electoral por el DNI.

EXP. N° 2802-2005-PA/TC
JULIA MABEL BENAVIDES GARCÍA

CASO

Con fecha 21 de octubre de 2004, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Piura solicitando que se deje sin efecto el acta de clausura de establecimiento de fecha 16 de octubre de 2004, levantada por la entidad demandada de manera arbitraria, vulnerando sus derechos fundamentales a la libertad de trabajo, de petición, a la tutela jurisdiccional efectiva, de defensa y al

debido proceso. Sostiene que en el mes de agosto de 2004 solicitó a la municipalidad emplazada el otorgamiento de una licencia provisional de funcionamiento para su establecimiento comercial “Así es mi tierra”, ubicado en la Av. Las Gardenias N.º 300, así como el correspondiente certificado de zonificación, el cual tuvo un retardo indebido en su entrega, razón por la cual su local fue multado en dos ocasiones y, posteriormente, clausurado.

La Municipalidad Provincial de Piura contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, alegando que el local de la recurrente fue clausurado por carecer de la autorización municipal de funcionamiento, de acuerdo al Reglamento de Aplicación de Sanciones aprobado mediante Ordenanza N.º 026-2004-C/PPP.

El Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Piura, con fecha 24 de noviembre de 2004, declara infundada la demanda, por considerar que la recurrente no acredita contar con licencia municipal de funcionamiento, y que la vía del amparo no es la adecuada para otorgar derechos, pues solo protege los ya existentes, agregando que de lo actuado se advierte, que la municipalidad demandada ha actuado en ejercicio de sus funciones, desvirtuándose toda arbitrariedad.

La Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, con fecha 10 de febrero de 2005, confirma la apelada, por considerar que la clausura cuestionada en el presente proceso constituye una sanción administrativa por el incumplimiento de disposiciones municipales, y que, en ese sentido, estas debieron previamente impugnarse.

PRECEDENTE

§ 1. La libertad de trabajo como derecho accesorio a la libertad de empresa

4. La libre voluntad de crear una empresa es un componente esencial del derecho a la libertad de empresa, así como el acceso al mercado empresarial. Este derecho se entiende, en buena cuenta, como la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de traba administrativa, sin que ello suponga que no se pueda exigir al titular requisitos razonablemente necesarios, según la naturaleza de su actividad. En ese aspecto, por ejemplo, las municipalidades son competentes, según lo señala la Constitución en su artículo 195.º, inciso 8), concordante con el inciso 4) del citado artículo, para “(d)esarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley”; es decir, en el ámbito municipal, la libertad de empresa deberá ejercerse sobre dicha base constitucional, de lo que se concluye que el desenvolvimiento del derecho a la libertad de empresa estará condicionado a que el establecimiento tenga una previa permisión municipal.

5. En ese sentido, teniendo en cuenta la naturaleza accesoria del derecho a la libertad de trabajo, este Supremo Tribunal en la citada sentencia N.º 3330-2004-AA/TC, estimó que, en los casos vinculados al otorgamiento de licencias municipales de funcionamiento de establecimiento, se vulnerará la libertad de trabajo “(...) si es que

no se (...) permite ejercer [el] derecho a la libertad de empresa. Es decir, si al demandante no se le estaría permitiendo abrir su discoteca, tampoco se le estaría permitiendo trabajar (...).” La sentencia precisaba, además, que para poder determinar si se afecta la libertad de trabajo, tendrá que esclarecerse previamente la vulneración del derecho a la libertad de empresa. Asimismo, enfatizaba que para poder reconocer el derecho a la libertad de empresa, debe acreditarse contar con la licencia de funcionamiento correspondiente de parte de la autoridad municipal; caso contrario, no puede asumirse la afectación de dicho derecho fundamental; concluyendo que si un derecho fundamental no asiste a la parte demandante, la demanda deberá ser declarada necesariamente improcedente, en virtud de que, según el artículo 38.º del Código Procesal Constitucional, “(...) no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.

6. Asimismo, este Tribunal consideró, en concordancia con lo establecido por el artículo 9.º del Código Procesal Constitucional, que si existen dudas acerca de la actuación de los gobiernos locales al momento del otorgamiento o denegatoria de las licencias de funcionamiento, la parte afectada debe recurrir a la vía contencioso-administrativa, la cual cuenta con una adecuada estación probatoria. Es decir, sólo en los casos en que se sustente con claridad la afectación de un derecho fundamental, se podrá analizar el fondo de la controversia planteada en una demanda de amparo.

§ 2. La libertad de empresa y la regulación de actividades y servicios de competencia municipal

8. Como se ha señalado en el fundamento N.º 5, *supra*, las municipalidades, por mandato constitucional, son competentes para regular actividades y servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, cultura, recreación y deporte, dentro del marco legal correspondiente. En ese sentido, en el ámbito de competencia municipal, para desarrollar alguna de las actividades o servicios regulados por la administración municipal, y a fin de ejercitar válidamente el derecho a la libertad de empresa –y consecuentemente, de ser el caso, poder alegar la vulneración a la libertad de trabajo, como derecho accesorio–, se debe contar previamente con la respectiva autorización municipal, sea esta licencia, autorización, certificado o cualquier otro instrumento aparente que pruebe la autorización municipal para la prestación de un servicio o el desarrollo de una actividad empresarial, como pueden ser, a guisa de ejemplo: el otorgamiento de autorización de apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales; licencia o concesión de ruta para el transporte de pasajeros; certificado de compatibilidad de uso; licencia de construcción, remodelación o demolición; declaratoria de fábrica; certificado de conformidad de obra; licencia de funcionamiento; certificado de habilitación técnica y/o licencia para la circulación de vehículos menores.

9. En consecuencia, este Tribunal Constitucional considera que siempre que en los casos reseñados en el fundamento N.º 8, *supra*, se alegue la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de empresa y/o a la libertad de trabajo, y el demandante no cuente con la autorización municipal correspondiente –y de los

actuados no se constante una manifiesta arbitrariedad en el accionar de la Administración, que vulnere algún derecho fundamental del administrado-, serán aplicables, *mutatis mutandis*, los criterios vertidos en los fundamentos N.ºs 4 a 8, *supra*. Dichos criterios serán también aplicables a las demandas en las que se solicite la inaplicación, suspensión o nulidad de cualquier sanción o procedimiento administrativo o coactivo, derivadas de la falta de la correspondiente autorización municipal.

§ 3. Análisis del acto lesivo materia de controversia constitucional

10. Con relación a la presunta afectación del derecho a la libertad de trabajo de la recurrente, según ella misma lo reconoce expresamente en su escrito de demanda, su local comercial no cuenta con licencia de funcionamiento expedida por la autoridad municipal; en consecuencia, en concordancia con lo expuesto en el fundamento N.º 6, *supra*, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.º del Código Procesal Constitucional, la presente demanda deviene en improcedente en dicho extremo.

11. En cuanto a la alegada vulneración del derecho de petición, debe tenerse en cuenta que en la STC N.º 1042-2002-AA/TC, este Colegiado subrayó que su contenido esencial está conformado por dos aspectos que aparecen de su propia naturaleza y de la especial configuración que le ha dado la Constitución al reconocerlo: el primero es el relacionado estrictamente con la libertad reconocida a cualquier persona para formular pedidos escritos a la autoridad competente; y, el segundo, unido inevitablemente al anterior, está referido a la obligación de la referida autoridad de otorgar una respuesta al peticionante.

12. Al respecto, este Tribunal considera que de lo actuado no se acredita fehacientemente que la administración municipal se haya negado a otorgar una respuesta a la solicitud de la recurrente, debido a que no ha adjuntado el documento que acredite la petición realizada, pues la fotocopia de la solicitud para licencia municipal presentada como anexo del escrito de demanda, obrante a fojas 15 de autos, se encuentra sin llenar; no contiene, por tanto, dato alguno referente a la recurrente. Por tal motivo, en cuanto a la invocada vulneración del derecho de petición de la recurrente, la demanda también debe declararse improcedente.

13. Por otro lado, la demandante sostiene que la municipalidad emplazada ha vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva, de defensa y al debido proceso, aduciendo que ha clausurado su establecimiento sin que exista una resolución expedida por el órgano correspondiente dentro de un proceso administrativo. Al respecto, previamente este Colegiado considera pertinente recordar que el inciso 3) del artículo 139.º de la Constitución establece, como principio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, criterio que no sólo se limita a las formalidades propias de un procedimiento judicial, sino que se extiende a los procedimientos administrativos. Este enunciado ha sido recogido por el artículo 4.º del Código Procesal Constitucional, que define la tutela procesal efectiva como aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio y a la igualdad sustancial en el proceso; a no ser desviada de la jurisdicción predeterminada ni sometida a procedimientos distintos de los previos por

la ley; a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal. En consecuencia, el debido proceso forma parte de la concepción del derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva, y se concreta en las denominadas garantías que, dentro de un *íter* procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución.

14. Según se desprende del acta de clausura de establecimiento obrante a fojas 14 de autos, el 16 de octubre de 2004, fecha en que se produjo, el demandante no contaba con licencia de funcionamiento, razón por la cual le era perfectamente aplicable la Ordenanza N.º 026-2004-C/PPP de fecha 27 de agosto de 2004. La mencionada ordenanza, que aprueba el Reglamento de Aplicación de Sanciones, establece la sanción de clausura a aquellos locales que no cuenten con la autorización de funcionamiento correspondiente (artículo 36.º). Asimismo, el artículo 16.º de la referida ordenanza dispone que no ameritan notificación previa las infracciones cometidas por omisión de trámites que son de conocimiento general, como es el caso de la autorización municipal, la cual debe obtenerse antes de abrir un establecimiento comercial.

15. Por lo expuesto, este Colegiado concluye que la recurrente tampoco ha acreditado en autos que la actuación de la emplazada haya vulnerado sus derechos a la tutela jurisdiccional efectiva, de defensa y al debido proceso, definidos en el fundamento N.º 13, *supra*; razón por la cual la demanda también resulta improcedente en dichos extremos.

§ 4. Remisión de lo actuado a la vía contencioso-administrativa

16. Sin perjuicio de lo antes señalado, y teniendo en cuenta que la recurrente alega haber cumplido con todos los requisitos para obtener la licencia de funcionamiento solicitada, y que, pese a ello, la administración edil de manera arbitraria no expide dicho documento, este Colegiado considera, de conformidad con el criterio vertido en el fundamento N.º 7, *supra*, que la presente demanda debe ser encausada a la vía contencioso-administrativa, la cual, para dirimir la controversia, cuenta con una adecuada estación para actuar los elementos probatorios presentados por las partes.

17. Por lo tanto, tomando en consideración que la demanda debe derivarse a la vía contencioso-administrativa, son aplicables al presente caso, *mutatis mutandis*, las reglas procesales establecidas en los fundamentos N.ºs 53 a 58 de la STC N.º 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2005.

EXP. N° 3741-2004-AA/TC
RAMÓN HERNANDO SALAZAR YARLENQUE

CASO

Con fecha 14 de febrero de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad de Surquillo, solicitando que se ordene a la emplazada admitir a trámite sus medios impugnatorios sin la exigencia previa de pago de la tasa que por tal concepto tiene establecido en su respectivo Texto Único de Procedimientos Administrativos.

Aduce el demandante que tras haberle impuesto una multa la entidad emplazada se presentó en la municipalidad a efectos de impugnar dicha decisión, pero se le exigió previamente el pago de quince nuevos soles (S/. 15.00) por concepto de tasa impugnación, conforme al TUPA de la referida entidad edil, agregando que la exigencia de dicho pago vulnera su derecho de petición, así como su derecho de defensa como elemento del debido proceso que consagra la Constitución.

La emplazada contesta la demanda contradiciendo de modo sustancial sus argumentos. Sostiene que la Constitución, en su artículo 192.º, inciso 3, reconoce competencia a los municipios para crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, y que sobre dicha base, ha establecido en su TUPA el pago por los conceptos de presentación de documentos cinco soles y por concepto de impugnación diez soles, los cuales se encuentran debidamente sustentados en su estructura de costos.

El Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, con fecha 6 de junio de 2003, declara infundada la demanda considerando que el monto establecido por concepto de impugnación, así como el que se establece por concepto de recepción de documentos, ascendente en total a la suma de quince nuevos soles, se encuentra previsto en el TUPA de la municipalidad emplazada. Argumenta también que dicha norma ha sido expedida conforme al Código Tributario y que, por ello, no se están violando los derechos del recurrente, tal como este alega.

La Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 30 de enero de 2004, confirma la apelada con argumentos similares.

PRECEDENTE

§7. Necesidad de establecer el presente caso como precedente

41. En tal sentido, y desarrollando los supuestos establecidos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, este Colegiado considera que constituyen supuestos para la emisión de un precedente vinculante los siguientes:

a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes

en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional.

b) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.

c) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución.

d) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

§9. El precedente extraíble en el presente caso

50. Hechas estas precisiones conceptuales, el Tribunal considera que, sobre la base de lo expuesto, en el presente caso, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos:

A) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se estime una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la administración pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados.

Regla sustancial: Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

B) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, a consecuencia de la aplicación directa de una norma o cuando se impugnen determinados actos de la administración pública que resulten, a juicio

del Tribunal Constitucional, contrarios a la Constitución y que afecten no solo al recurrente, sino también, por sus efectos generales, o por ser una práctica generalizada de la administración pública, a un grupo amplio de personas.

Regla sustancial: Todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia.

Resolución aclaratoria del 13 de octubre de 2006

4. Que, si bien los funcionarios de la administración pública se encuentran sometidos al principio de legalidad, ello no es incompatible con lo que se ha señalado en el fundamento 50 de la sentencia N.º 3741-2004-AA/TC, esto es, que “(...) [t]odo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente (...)”. Precisamente con respecto a este extremo de la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten “justicia administrativa” con *carácter nacional*, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados;

7. Que el ejercicio del control difuso administrativo se realiza a pedido de parte; en este supuesto, los tribunales administrativos u órganos colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados. En aquellos casos en los que adviertan que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, pueden establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley. Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

8. Que los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

EXP. N° 4227-2005-PA/TC
ROYAL GAMING S.A.C.

CASO

Con fecha 9 de enero de 2004, Royal Gaming S.A.C. interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR), el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y el Tribunal Fiscal, a fin de que se dejen sin efecto : **a)** la Resolución N.º 05641-5-2003, expedida por el Tribunal Fiscal; **b)** las órdenes de pago N.ºs 011-001-0006177 a 011-001-0006181 y 011-001-0005593, por ampararse en normas incompatibles con la Constitución, al estar referidas a la aplicación retroactiva de la base imponible del impuesto al juego de casino y máquinas tragamonedas, así como la autodelegación legislativa y la fijación por parte de la SUNAT del límite del 0.05% como monto máximo de descuento de gastos. Como consecuencia de su pretensión principal, y como pretensión accesoria, solicita que se declaren inaplicables al caso concreto : **c)** el artículo 17º de la Ley N.º 27796, que sustituye el artículo 38º de la Ley N.º 27153; **d)** la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796; **e)** la Tercera Disposición Complementaria y Final del Reglamento de la Ley N.º 27796, Decreto Supremo N.º 009-2002-MINCETUR; **f)** la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.º 014-2003/SUNAT; y, **g)** la Resolución de Superintendencia N.º 052-2003/SUNAT. Pretende, además, que no se le determine, acote, exija, cobre o embargue el impuesto a los juegos de casinos y máquinas tragamonedas por ningún período fiscal.

Alega que la vigencia y aplicación de dichas normas vulnera sus derechos constitucionales a la propiedad, de iniciativa privada y libertad de empresa, y los principios constitucionales de no confiscatoriedad, de irretroactividad de la ley, de legalidad y de facultad de delegación en materia legislativa. Manifiesta que la Ley N.º 27796 es incompatible con la Constitución y contraria a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC N.º 009-2001-AI/TC y su resolución aclaratoria, toda vez que para la determinación de la base imponible sólo permite deducir como gasto aquel que corresponde exclusivamente a los gastos por mantenimiento de máquinas tragamonedas y juegos de casino, sin considerar como gasto deducible todos aquellos que inciden directamente en la generación del ingreso, tales como gastos de luz, agua, teléfono, alquiler y mantenimiento de locales, atención a clientes, entre otros, los cuales son aceptados y reconocidos por normas internacionales de contabilidad. Expresa que para la deducción de los gastos de mantenimiento, éstos no deben exceder del 2% del ingreso neto mensual, lo cual constituye una arbitrariedad que grava el patrimonio y no el resultado derivado de la explotación de las máquinas. Señala, además, que la alícuota del 12% aplicada sobre una base imponible establecida casi sobre los ingresos brutos, determina que el monto a pagar resulte excesivo y carente de razonabilidad, y que la Ley N.º 27796 contraviene el principio de irretroactividad de las normas, ya que permite que se aplique el impuesto del 12% sobre obligaciones tributarias devengadas con anterioridad a su entrada en vigencia;

es decir, antes del 27 de julio del 2002. Asimismo, refiere que se ha delegado a la SUNAT la facultad de legislar y fijar el monto máximo de deducción de gastos de atención, el cual fue fijado en 0.05%, lo cual no tiene sustento técnico y vulnera el principio de legalidad, pues en materia tributaria sólo puede legislarse mediante normas con rango de ley.

La Procuradora Pública *Ad Hoc* para los procesos judiciales relacionados con los Casinos de Juego y Máquinas Tragamonedas propone la excepción de litispendencia y contesta la demanda solicitando que sea desestimada. Expresa que la Ley N.º 27796 ha sido expedida conforme a las recomendaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional, subsanando los vicios de inconstitucionalidad que afectaban la Ley N.º 27153, resultando válido exigir y acotar el tributo que grava la actividad de conformidad con lo dispuesto por la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N.º 27796. Alega, además, que la SUNAT se encuentra facultada para actuar mediante remisión normativa, por lo que la Décima Disposición Transitoria de la Ley N.º 27796 no atenta contra el principio de legalidad.

La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) contesta la demanda y manifiesta que la Ley N.º 27796 se adecua a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, habiendo determinado en forma expresa en la propia sentencia los efectos de su decisión en el tiempo, y declarado inconstitucional no el impuesto, sino dos de sus elementos : la base imponible y la alícuota que lo grava. Expresa que con las modificaciones introducidas por la Ley N.º 27796 –como la posibilidad de deducir los gastos por mantenimiento de las máquinas tragamonedas– se han superado los vicios de inconstitucionalidad que el Tribunal encontró en la Ley N.º 27153. Alega que el argumento de la recurrente, por el que pretende incluir todo tipo de gastos deducibles (remuneraciones, tributos, servicios de agua, luz, teléfono, alquiler, entre otros) carece de sustento, y que lo que realmente pretende es gozar de manera indebida de un doble beneficio tributario, pues en la Ley del Impuesto a la renta ya se encuentran previstos todos los gastos deducibles para establecer la renta neta de tercera categoría.

El Procurador Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas propone las excepciones de incompetencia, de falta de legitimidad para obrar, de litispendencia y de prescripción, y contesta la demanda manifestando, por un lado, que ésta resulta improcedente, en tanto se cuestiona en abstracto diversos dispositivos de la Ley N.º 27796; y, de otro, porque la materia controvertida ya ha sido dilucidada por el Tribunal Constitucional, circunscribiéndose dicha ley a lo resuelto por el Supremo Tribunal.

El Cuadragésimo Cuarto Juzgado en lo Civil de Lima, con fecha 27 de mayo de 2004, desestimó las excepciones propuestas, declaró fundada, en parte, la demanda, y en consecuencia, inaplicables al caso concreto el numeral 38.2, inciso b) del artículo 38º de la Ley N.º 27153, sustituido por el artículo 17º de la Ley N.º 27796; las órdenes de pago N.ºs 011-001-0006177, 011-001-0006178, 011-001-0006179, 011-001-0006180, 011-001-0006181 y 011-001-0005593, las cuales deja sin efecto, así como la Resolución del Tribunal Fiscal N.º 05641-5-2003, del 1º de octubre de 2003, y dispone que a la recurrente no se le exija, cobre o embargue en base a las referidas órdenes de pago.

Asimismo y respecto de la pretensión de que se declaren inaplicables la Décima Disposición Transitoria de la Ley N.º 27796, la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.º 014-2003/SUNAT, y la Resolución de Superintendencia N.º 052-2003/SUNAT, tal extremo de la demanda resulta improcedente, toda vez que no han sido aplicadas al caso concreto, careciendo de objeto pronunciarse respecto de la vulneración de los principios de legalidad y facultad de delegación en materia legislativa.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 17 de enero de 2005, revocando la apelada, declaró infundada la demanda en todos sus extremos, por estimar que ninguna de las disposiciones cuestionadas por la recurrente, y en particular la Ley N.º 27796, implica la afectación de los derechos constitucionales invocados, ni es contraria a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC N.º 009-2001-AI/TC y su resolución aclaratoria; porque las reglas contenidas en el artículo 17º de la Ley N.º 27796 no convierten al impuesto en confiscatorio, sino que representan formas legítimas para desalentar una actividad considerada no estratégica por el Estado, y porque la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.º 014-2003-/SUNAT, así como la Resolución de Superintendencia N.º 052-2003/SUNAT, no han sido aplicadas al caso concreto.

PRECEDENTE

Consideraciones Preliminares

1. La potestad tributaria del Estado, regulada en el artículo 74º de nuestro Texto Constitucional, se constituye como un ámbito reservado al legislador para crear tributos mediante leyes o decretos legislativos, encontrándose dicha facultad sujeta al respeto de los principios de reserva de ley, igualdad y los derechos fundamentales de la persona; encontrándose proscrita la confiscatoriedad tributaria.
2. De otro lado, como lo ha sostenido este Tribunal en el FJ. N.º 27 de la STC N.º 0004-2004-AI/TC, “[n]uestra Carta Política no ha constitucionalizado (o a su turno, prohibido) ningún impuesto. Tampoco ha determinado qué tipo de actividades económicas puedan ser, o no, objeto de regulaciones fiscales”. Así, siempre y cuando el legislador conserve los lineamientos establecidos en la Constitución, podrá gravar determinadas manifestaciones o fuentes de riqueza sustentando para ello la naturaleza, medios y fines del tributo.
3. En el presente caso, conforme a lo establecido por este Colegiado mediante la STC N.º 0009-2001-AI/TC, el Impuesto a la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas resultaba inconstitucional en cuanto a la forma de determinación de la alícuota establecida en los artículos 38.1º y 39º de la Ley N.º 27153, pues gravaba el 20% de la base imponible constituida por la ganancia bruta mensual, resultante entre el ingreso total percibido en un mes de apuestas o dinero destinado al juego y el monto total de los premios otorgados en dicho mes, sin incluir la deducción de los gastos realizados para la obtención de las utilidades, como pago a cuenta del impuesto a la renta.

4. Dicha situación fue modificada mediante los artículos 17° y 18° de la Ley N.° 27796, publicada el 26 de junio del 2002, variándose de este modo la base imponible del citado tributo, reduciéndose la tasa de la alícuota de 20% al 12%, e incorporándose la posibilidad de deducir gastos de mantenimiento, adecuándose a los criterios sentados por este Tribunal.

El artículo 17° y la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N.° 27796

5. La recurrente cuestiona el artículo 17° de la Ley N.° 27796 –que sustituye el artículo 38° de la Ley N.° 27153– y establece la base imponible del impuesto a la explotación de los juegos de casino y tragamonedas, así como la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N.° 27796, que establece que la tasa del 12% será de aplicación desde la fecha de vigencia de la Ley N.° 27153. Alega que no existe norma legal ni constitucional que permita la aplicación retroactiva de la ley tributaria, por lo que la actuación de la administración respecto de la aplicación de la nueva base y tasa del impuesto contenidas en la Ley N.° 27796 resulta inconstitucional e ilegal, ya que viola los principios de irretroactividad y de temporalidad de la ley. Expresa, además, que en virtud del principio de irretroactividad de las leyes tributarias, así como de lo dispuesto por el artículo 204° de la Constitución, las sentencias de este Tribunal que declaran la inconstitucionalidad, en todo o en parte, de una norma legal, carecen de efectos retroactivos, por lo que dicho principio no puede ser soslayado a través de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional amparado en una norma legal de inferior jerarquía que la Constitución; por tanto, la aplicación retroactiva de la nueva base imponible y tasa del impuesto prevista por la Ley N.° 27796 deviene inconstitucional e ilegal.

6. Conforme se aprecia de la demanda, lo que principalmente cuestiona la demandante, por considerarlo violatorio del principio de no retroactividad de las normas, es el sentido de la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N.° 27796, que dispone la regularización del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, al establecer que

[L]a tasa establecida en el artículo 39°, modificado por la presente Ley, será de aplicación desde la fecha de vigencia de la Ley 27153, quedando sin efecto la tasa del 20% del impuesto establecido anteriormente. Los montos pagados o devengados en aplicación de la tasa anterior serán afectados por la nueva tasa y nueva base imponible. Las deudas acumuladas serán calculadas con la tasa vigente a partir de la vigencia de la presente Ley y los pagos efectuados constituirán créditos para la aplicación de la nueva tasa [...].

7. Sobre el particular, importa señalar que, si bien es cierto que, mediante la STC N.° 009-2001-AI/TC, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales los artículos 38.1° y 39° de la Ley N.° 27153, sin embargo, ello no implica que la recurrente se encuentre exonerada del pago del tributos, sino que los mismos deben regularse en función a una nueva base imponible y alícuota del impuesto.

8. Es así que, mediante la resolución de aclaración recaída en la mencionada sentencia, este Colegiado dispuso, en el tercer considerando, que

[v]isto el vacío, del cual este Tribunal no es responsable, las empresas dedicadas a la explotación de los juegos de casino y tragamonedas deberán sujetarse a lo que – mientras no entre en vigencia la ley definitiva– el Congreso establezca en una norma transitoria y, en su defecto, deberán seguir entregando al ente recaudador –hasta el 31 de diciembre del 2002- un monto igual al del impuesto de la Ley 27153, precisando, sin embargo, que dicha entrega no constituye pago en su totalidad, ni surte los efectos del pago respecto al íntegro del monto entregado, pues este deberá regularizarse conforme a las reglas establecidas en el Fundamento 16 de la sentencia, una vez promulgada la nueva ley”.

9. Lo dispuesto por el Tribunal Constitucional no afecta en modo alguno el principio de no retroactividad de las normas en materia tributaria, dado que éste se basa en el entendido de la no afectación a una capacidad contributiva ya agotada, que no puede invocarse en estos casos, pues el fallo de este Colegiado no dispuso la exención de pago alguno, sino que, habiéndose producido el hecho gravado, el mismo debía recalcularse conforme a una nueva base imponible y alícuota justa, más beneficiosa para la recurrente, como efectivamente ha ocurrido.

10. Evidentemente, como quiera que al día siguiente de la publicación de la STC N.º 009-2001-AI/TC no existía aún en el ordenamiento jurídico norma alguna que regulara el pago del referido impuesto en base a las nuevas reglas constitucionales, se produjo una *vacatio legis*, que justificó lo dispuesto en la resolución aclaratoria del Tribunal Constitucional, a la que se ha hecho referencia en el Fundamento N.º 8, *supra*; y que, en virtud al carácter vinculante, fuerza de ley y cosa juzgada de las sentencias de inconstitucionalidad, debía ser cumplida en dichos términos por todos los poderes públicos. Asimismo, importa señalar que, de acuerdo al artículo 204º de la Constitución, la norma declarada inconstitucional queda sin efecto a partir del día siguiente de su publicación, salvo en el caso de materia tributaria, permitiéndose la declaratoria con efecto retroactivo, en concordancia con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 74º de la propia Constitución y el artículo 81º del Código Procesal Constitucional –antes, artículos 36º y 40º de la Ley Orgánica de este Colegiado–. En consecuencia, tratándose de la declaratoria de inconstitucionalidad de normas tributarias por transgresión del artículo 74º de la Carta Magna, el Tribunal Constitucional se encuentra habilitado para modular los efectos de sus sentencias en el tiempo, conforme lo dispuso en la STC N.º 009-2001-AI/TC, de manera que carece de sustento el cuestionamiento hecho por la recurrente respecto al ejercicio de tal facultad.

11. De otro lado, conforme a lo expuesto en el fundamento 4 *supra*, mediante los artículos 17º y 18º de la Ley N.º 27796 se modificó la base imponible y se redujo la alícuota del 20% al 12% del impuesto materia de análisis, incorporando la posibilidad de deducir gastos por mantenimiento ascendentes al 2% del ingreso mensual, de conformidad con lo dispuesto en la STC N.º 009-2001-AI/TC.

12. Al respecto, la recurrente expresa que el artículo 17º de la Ley N.º 27996 es incompatible con la Constitución, por cuanto sólo permite deducir como gasto aquel que corresponde exclusivamente a los gastos por mantenimiento de las máquinas

tragamonedas y juegos de casino, sin considerar como gastos deducibles todos aquellos que inciden directamente en la generación del ingreso, tales como gastos de luz, agua, teléfono, alquiler y mantenimiento de locales, atención al cliente, entre otros. Asimismo, alega que el límite del 2% del ingreso neto mensual para la deducción de los gastos por mantenimiento de las máquinas tragamonedas y medios de juego de casinos resulta arbitrario.

13. Sobre el particular, cabe precisar que lo que la recurrente solicita es la evaluación en abstracto de tal disposición, lo cual no es posible mediante el proceso de amparo, destinado a la protección de derechos constitucionales y en el que la demandante debe, mínimamente, demostrar ejercer la titularidad de los derechos cuya vulneración invoca.

14. En ese sentido, conforme se observa de autos, la recurrente no ha demostrado de manera fehaciente que, a consecuencia de las disposiciones que cuestiona, se hayan vulnerado sus derechos constitucionales. En efecto, carece de sustento sostener afectación de derecho constitucional alguno sobre la base del sistema de deducciones y el límite que al mismo ha dispuesto el legislador para el caso del impuesto a la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas, ya que *las deducciones permitidas para cada tipo de impuestos deben guardar razonable relación con la particular naturaleza del mismo*.

15. De modo que no puede pretenderse que un impuesto a la explotación, como en el presente caso, deba recibir exactamente el mismo trato respecto de las deducciones admitidas para el caso del impuesto a la renta, las cuales, respondiendo al *principio de causalidad*, permiten la deducción de aquellos gastos necesarios para producir y mantener la fuente, esto es, la actividad generadora de renta, conforme expresamente lo dispone el artículo 37° de la Ley de Impuesto a la Renta. En otras palabras, lo que finalmente pretende la empresa demandante es recibir doblemente el beneficio de la deducción de los gastos de luz, agua, teléfono, alquiler y mantenimiento de locales, que ya le son permitidos para el caso del impuesto a la renta.

16. Así, de fojas 5 a 9, y 11 de autos se comprueba que las órdenes de pago cuestionadas fueron calculadas conforme a la nueva tasa regulada en el artículo 39° de la Ley N.º 27153, modificada por la Ley N.º 27796, lo cual resulta acorde con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la STC N.º 009-2001-AI/TC, así como en su resolución aclaratoria.

La Décima Disposición Transitoria de la Ley N.º 27796

17. Dicha disposición establece que, para efectos del impuesto a la renta, la SUNAT determinará el porcentaje máximo de deducción en que incurra el operador de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas en los gastos de alimentos, cigarrillos y bebidas alcohólicas que de manera gratuita entregue a los clientes.

18. La recurrente alega que se ha delegado a la SUNAT la facultad de legislar y fijar el monto máximo de deducción de gastos de atención, el cual fue fijado en 0.05%, lo cual no tiene sustento técnico y vulnera el principio de legalidad, toda vez que en materia tributaria sólo puede legislarse mediante normas con rango de ley.

19. Este Tribunal ya se ha referido, en reiterada jurisprudencia, a las relaciones ley y reglamento, y ha establecido que es completamente permisible la regulación por remisión, siempre y cuando lo determine la propia Ley y no exceda lo dispuesto en ella. Se trata, pues, de una relación de integración y coherencia normativa entre ambas.

20. De este modo, tal y como se señaló en el Fundamento N.º 19 de la STC N.º 1907-2003-AA/TC,

[L]a fuerza normativa de la que está investida la Administración se manifiesta, por autonomasia, en el ejercicio de su potestad reglamentaria. El reglamento es la norma que, subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución, puede, de un lado, desarrollar la ley, sin transgredirla ni desnaturalizarla, y, de otro, hacer operativo el servicio que la Administración brinda a la comunidad. Los primeros son los llamados reglamentos secundum legem, de ejecución o reglamentos ejecutivos de las leyes, los cuales están llamados a complementar y desarrollar la ley que los justifica y a la que se deben [...]. Los segundos son los denominados reglamentos extra legem, independientes, organizativos o normativos, los que se encuentran destinados a reafirmar, mediante la autodisposición, la autonomía e independencia que la ley o la propia Constitución asignan a determinados entes de la Administración o, incluso, a normar dentro los alcances que el ordenamiento legal les concede, pero sin que ello suponga desarrollar directamente una ley. [cf. STC 0001-2003-AI/0003-2003-AI – acumuladas– FJ. 15].

21. Por otro lado, y en cuanto a la materia tributaria se refiere, en la STC N.º 2762-2002-AA/TC también se ha establecido que la reserva de ley en materia tributaria no afecta por igual a todos los elementos integrantes del tributo; el grado de concreción es máximo cuando regula el hecho imponible y menor cuando se trate de regular otros elementos. De esa manera, se reconoce con ello la flexibilización de la reserva en determinadas situaciones y la importancia del análisis de concreción de la misma, en cada caso específico.

22. En el caso de autos, y en cuanto a la remisión reglamentaria dispuesta por la Décima Disposición Transitoria de la Ley N.º 27796 se refiere, este Tribunal estima que no afecta el principio de reserva de ley, toda vez que los límites y porcentajes a deducir, en el caso específico, forman una parte del sistema integral de deducciones para llegar a la renta neta imponible establecida en la Ley (esto es, gastos necesarios para obtener la renta, depreciaciones y amortizaciones, así como previsiones y reservas); vale decir que es sólo parte del proceso para su determinación, de modo que, en tanto el conjunto de los mecanismos de cálculo esté dispuesto en la Ley, no resulta prohibida la colaboración excepcional al reglamento en casos particulares como el expuesto, debido a la naturaleza misma de la actividad; más aún, cuando es razonable que determinadas deducciones deban ser limitadas a fin de evitar un uso arbitrario y desproporcionado de las mismas.

La carga probatoria a efectos de demostrar la confiscatoriedad de tributos

23. En el caso, aún con las modificaciones a que se ha hecho referencia en el Fundamento N.º 11, *supra*, la recurrente considera que el impuesto tiene efectos

confiscatorios, alegato que, evidentemente, debe probarlo de manera fehaciente.

24. En la STC N.º 2302-2003-AA/TC, este Tribunal ha establecido que para acreditar la confiscatoriedad en cada caso, es necesario probar la afectación real al patrimonio empresarial de la persona jurídica, como en el caso de autos. Y es que no podría ser de otra manera cuando se alega afectación exorbitante a la propiedad privada.

25. Si bien es cierto que el artículo 9º del Código Procesal Constitucional ha establecido la inexistencia, en los procesos constitucionales, de una etapa probatoria, sin embargo, también prevé la procedencia de medios probatorios que no requieran de actuación y a los que el juez considere indispensables, pero siempre que ello no afecte la duración del proceso.

26. No obstante, en los casos que se alegue confiscatoriedad, es necesario que la misma se encuentre plena y fehacientemente demostrada, lo cual no ha ocurrido en el caso de autos, como se explicará a continuación. De lo contrario, corresponderá atender este tipo de procesos en otra vía, donde sí puedan actuarse otros medios de prueba y proceda la intervención de peritos independientes que certifiquen las afectaciones patrimoniales a causa de impuestos.

27. En efecto, a fojas 235 a 242; 243 a 253, y 254 a 268, la recurrente adjunta, para demostrar la alegada confiscatoriedad, copia simple del Informe elaborado por el Estudio de Abogados Echandía, Manini, Padrón & Asociados, del 22 de agosto de 2003; el Informe elaborado por el Estudio de Abogados Muñiz, Forsyth, Ramírez, Pérez-Taimán & Luna Victoria, de fecha 26 de agosto de 2003, así como la ampliación de sus conclusiones de fecha 27 de octubre de 2003, referidos a la nueva base imponible a la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas prevista por el artículo 17º de la Ley N.º 27796, así como el Informe respecto de la verificación contable de los ingresos y gastos relacionados con la actividad generadora de renta por el período comprendido entre el 1 de octubre del 2002 y el 30 de setiembre del 2003, elaborado por la firma de contadores públicos Panez, Chacaliaza, Barreda & Asociados S.C., del 11 de noviembre de 2003.

28. A juicio de este Colegiado, tales documentos no pueden ser admitidos de ninguna manera como pruebas fehacientes para demostrar la alegada confiscatoriedad de tributos y acreditar la situación económica de la empresa; en primer lugar, porque no pueden admitirse como medios probatorios válidos aquellos que representan autoliquidaciones del propio contribuyente o, como sucede en el caso de autos, informes elaborados a su petición, pues restan imparcialidad a lo declarado y, en todo caso, están sujetos a revisión.

29. Al respecto, cabe señalar que los informes elaborados por los estudios jurídicos anteriormente mencionados se basan en el análisis en abstracto de la nueva base imponible del impuesto materia de autos, en concordancia con el pronunciamiento de este Tribunal en dicha materia, sin sustentar sus opiniones en la realidad económica y financiera de la recurrente. Asimismo, y en cuanto al documento elaborado por la firma de contadores públicos citada, importa señalar que dicho documento se limita a indicar cifras, pero no certifica la certeza de las mismas, ni demuestra en realidad a cuánto ascienden los gastos de la empresa, pues para que ello quede fehacientemente

acreditado no basta con su mera alegación, sino que deben adjuntarse los documentos que acrediten la manera cómo se llega a dichos montos.

30. Consecuentemente, tal extremo de la demanda debe ser desestimado por no haberse acreditado la confiscatoriedad alegada por la recurrente.

La Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.º 009-2002-MINCETUR, Reglamento de la Ley N.º 27796

31. En principio, cabe señalar que la recurrente no ha precisado en qué medida la referida disposición vulnera sus derechos constitucionales, tanto más, cuando de las órdenes de pago cuestionadas no se advierte su aplicación en forma concreta, por lo que tal extremo de la demanda no puede ser estimado.

32. Sin perjuicio de lo expuesto, del análisis de dicha disposición fluye que la misma establece los criterios aplicables para la regularización del pago del impuesto a la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas, referentes a la nueva tasa prevista en el artículo 18º de la Ley N.º 27796, en cumplimiento de la STC N.º 009-2001-AI/TC y su resolución aclaratoria, pautas que establecen su recálculo y determinación, así como la oportunidad de su pago, lo cual no puede ser alegado como violatorio de derecho constitucional alguno, ya que el Estado tiene la facultad de establecer las características del sistema de recaudación de tributos en ejercicio de su potestad tributaria.

La Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.º 014-2003/SUNAT

33. Respecto de la Primera y Segunda Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.º 014-2003/SUNAT, las cuales establecen requisitos formales referidos a la aprobación de formularios, este Tribunal estima que no procede su cuestionamiento en sede constitucional al no implicar, por sí mismos, violación de derecho constitucional alguno.

34. De otro lado, la también cuestionada Tercera Disposición Final de la resolución *in commento* dispone que “Para efectos de lo dispuesto en la Décima Disposición Transitoria de la Ley N.º 27796, a fin de determinar la renta neta de la tercera categoría del Impuesto a la Renta, se deducirán los gastos de alimentos, cigarrillos y bebidas alcohólicas que, de manera gratuita, el Sujeto del Impuesto entregue a los clientes en las salas de Juegos y Casino y/o Máquinas Tragamonedas, en la parte que, en conjunto, no excedan del 0.05% de los ingresos brutos de rentas de tercera categoría, con un límite máximo de cuarenta (40) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)”. Asimismo, la Décima Disposición Transitoria de la Ley N.º 27796 dispone que “Para efectos del Impuesto a la Renta, la SUNAT determinará el porcentaje máximo de deducción en que incurra el operador de los juegos de casino y máquinas tragamonedas en los gastos de alimentos, cigarrillos y bebidas alcohólicas, que de manera gratuita entregue a los clientes”.

35. Respecto de dicha disposición, la recurrente alega que no permite a los contribuyentes del impuesto al juego descontar los gastos de atención a los clientes.

36. Este Tribunal no comparte la posición de la demandante, pues, si bien es cierto que en dicho dispositivo se hace referencia a la forma de cálculo de la renta neta de tercera categoría, ésta no implica modificación o alteración de la base imponible de dicho tributo, ya que mediante la norma cuestionada se ha dispuesto una deducción adicional aplicable sólo al rubro de casinos y tragamonedas, dentro de las deducciones que dispone el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Supremo N.º 179-2004-EF –publicado el 8 de diciembre del 2004–, por concepto de gastos de alimentos, cigarrillos y bebidas alcohólicas, que de manera gratuita se entregan a las personas que asisten a los locales donde se explotan los juegos de casinos y tragamonedas.

37. Como ya se ha expresado, al declararse la inconstitucionalidad de los artículos 38º y 39º de la Ley N.º 27153 –mediante la STC N.º 009-2001-AI/TC–, por ser contrarios al principio de no confiscatoriedad tributaria, al no haberse incluido como deducción del impuesto a la renta los gastos realizados por la entrega gratuita de alimentos, cigarrillos y bebidas alcohólicas, es precisamente que en cumplimiento de dicho precedente, el legislador expidió la Ley N.º 27796, incluyendo dicho concepto como deducción del impuesto a la renta de tercera categoría, aplicable para los contribuyentes del rubro de casinos y tragamonedas disponiendo, en su Décima Disposición Transitoria, la delegación de facultades a la SUNAT, a fin de que establezca el porcentaje correspondiente.

38. Así, en cumplimiento de dicha delegación, se fijó el porcentaje de deducción por el referido concepto, hecho que no implica afectación de derecho constitucional alguno, sino la adecuación a lo expresado en el pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional en la revisión de la constitucionalidad de la Ley N.º 27153, por lo que el hecho de haberse fijado un parámetro de deducción del 0.05% de los gastos por bocaditos y aperitivos, constituye sólo el ejercicio legítimo –aunque por delegación– de la facultad de normar con la que cuenta la SUNAT, en aplicación de la Décima Disposición Transitoria de la Ley N.º 27796.

La Resolución de Superintendencia N.º 052-2003-SUNAT

39. La Resolución de Superintendencia N.º 052-2003-SUNAT únicamente establece mecanismos formales para el cumplimiento de la obligación tributaria, tales como el uso de formularios, y el lugar y plazo para la presentación de los mismos, los cuales no pueden ser cuestionados en sede constitucional por no implicar, por sí mismos, vulneración de derecho constitucional alguno; tanto más, cuando de las cuestionadas órdenes de pago no se advierte su aplicación en concreto, no siendo posible pretender su inaplicación en abstracto.

Consideraciones Finales

40. Por lo demás, y conforme a lo expuesto en la STC N.º 2302-2003-AA/TC, y en la propia STC N.º 0009-2001-AI/TC, para el Tribunal Constitucional parece absolutamente necesario reiterar que el ocio que promueve el Estado mediante la cultura, recreación y el deporte es distinto al que tolera mediante la explotación de los juegos de apuesta, que pueden generar adicción –ludopatía– con efectos económicos y sociales perjudiciales para el jugador y su familia, lo cual resulta incompatible con la

preservación y defensa de otros bienes y principios constitucionales y, en particular, con la protección de la moralidad y seguridad públicas.

41. Por tales razones, la Ley N.º 27796 ha creado una Comisión Nacional de Prevención y Rehabilitación de Personas Adictas a los Juegos de Azar, dependiente del Ministerio de Salud, con el fin de preservar y proteger a la ciudadanía de los posibles perjuicios o daños que afectan la salud pública, y cuyas funciones están orientadas a la elaboración y ejecución de campañas publicitarias de sensibilización dirigidas al público en general y especialmente a los jóvenes, respecto de los efectos perniciosos que el abuso excesivo de esta actividad puede generar en la salud, y el impacto socioeconómico que produce el juego de azar en las personas y su entorno familiar.

EXP. N° 3075-2006-PA/TC
ESCUELA INTERNACIONAL DE GERENCIA HIGH SCHOOL OF
MANAGEMENT-EIGER

CASO

Con fecha 24 de noviembre de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra Microsoft Corporation y Macromedia Incorporated, así como contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia de la Propiedad Intelectual (Indecopi) solicitando que se deje sin efecto las Resoluciones de Indecopi N.ºs 193-2004/ODA-INDECOPI y 1006-2004-TPI-INDECOPI, del 30 de julio de 2004 y 4 de noviembre del mismo año, respectivamente, alegando que tales pronunciamientos administrativos vulneran los derechos constitucionales al debido proceso y de defensa de su representada, y amenaza su derecho a la libertad de trabajo.

Manifiesta el recurrente que con fecha 8 de mayo de 2003 la codemandada Microsoft Corporation y otros solicitaron al Indecopi realizar una inspección en la Universidad Privada de Tacna, entidad ubicada en la localidad del mismo nombre, inspección que, sin embargo, fue suspendida por iniciativa de la misma interesada con fecha 15 de julio de 2003, con objeto de variar su solicitud original respecto de otra entidad ubicada dentro de la misma localidad. Refiere que posteriormente y pese a los alcances de dicha petición de variación, Indecopi, a través de su Oficina de Derechos de Autor, y a instancias de un escrito presentado por la codemandada Microsoft Corporation, con fecha 25 de julio del 2003, sin prueba alguna que sustente dicha decisión, varió arbitrariamente de localidad procediendo a ejecutar, con fecha 15 de agosto de 2003, la inspección en contra de su representada, domiciliada en Av. Cuba N.º 699, Jesús María, departamento de Lima. Expone que, producto de los hechos descritos, se levantó un acta de inspección, insertándose en ella hechos falsos, imponiéndosele a su representada una multa indiscutiblemente confiscatoria. Puntualiza que en la citada inspección tampoco participaron peritos o expertos en detectar el uso de los supuestos *software* que aducen los denunciantes, más aún si se toma en consideración que las máquinas de propiedad de la empresa recurrente no

están en condiciones de soportar el *software* de Microsoft. Precisa también que en la primera instancia del procedimiento administrativo seguido ante Indecopi no se tomó en cuenta la petición del recurrente a efectos de que se realice una inspección para demostrar que sus equipos no pueden soportar el *software* referido; que ulteriormente, y tras interponer recurso de apelación, tampoco se les concedió el uso de la palabra pese a haberlo solicitado, resultando de todo lo expuesto que su representada, finalmente, ha sido conminada a pagar una multa y un devengado por supuesta violación del derecho de autor, equivalentes a las sumas de 34,02 UIT y US \$ 31.287,58, respectivamente, lo que atenta en definitiva contra sus derechos constitucionales.

El Cuadragésimo Primer Juzgado Civil de Lima, con fecha 29 de noviembre del 2004, de plano declara improcedente la demanda argumentando que la pretensión en el presente caso es la impugnación de una resolución administrativa emitida por Indecopi, por lo que el reclamo es de orden legal y no constitucional, encontrándose regulado en la Ley sobre derechos de autor o Decreto Legislativo N.º 822, no siendo el amparo la vía idónea.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 13 de setiembre de 2005, confirma la apelada estimando que la pretensión del actor requiere ser discutida en una etapa probatoria, de la cual el proceso constitucional de amparo carece.

PRECEDENTE

El Debido Proceso como derecho principalmente invocado. Ámbitos y dimensiones de aplicación

3. De lo que aparece descrito en la demanda y de los recaudos que la acompañan se aprecia que lo que principalmente pretende el recurrente es cuestionar las resoluciones administrativas emitidas por las dependencias del Indecopi, no solo por la forma como se ha tramitado el procedimiento que culminó con su expedición, sino por el contenido o los alcances en que han derivado tales resoluciones. En otras palabras, se trata de una demanda que en lo esencial invoca la defensa del derecho al debido proceso administrativo, entendiendo que dicho atributo ha sido vulnerado no solo en términos formales, sino también en términos sustantivos.

4. Como este Colegiado ha tenido oportunidad de señalar mediante uniforme y reiterada jurisprudencia, el debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo,

y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.) sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas. Como ya se anticipó, en el caso de autos, se trata de un reclamo por la transgresión al debido proceso en sede administrativa, no solo en el ámbito formal sino también sustantivo. Corresponde, por tanto, a este Colegiado emitir pronunciamiento respecto de ambos extremos invocados.

Análisis de las transgresiones al debido proceso formal

5. En lo que respecta a la dimensión estrictamente procedimental del derecho invocado, este Colegiado considera que la demanda interpuesta resulta plenamente legítima, habida cuenta de que **a)** El Decreto Legislativo 822 o Ley de Derechos de Autor establece, en materia de medidas preventivas o cautelares, diversos criterios que la administración y, dentro de ella, los organismos reguladores como el Indecopi, necesariamente deben tomar en cuenta. En efecto, conforme lo reconoce el artículo 176 de la citada norma “*Sin perjuicio de lo establecido en el Título V del Decreto Legislativo N.º 807 (que regula las facultades, normas y organización del Indecopi), los titulares de cualquiera de los derechos reconocidos en esta ley o sus representantes, sin menoscabo de otras acciones que les corresponda, podrán pedir, bajo su cuenta, costo y riesgo, el cese inmediato de la actividad ilícita del infractor en los términos previstos por este Capítulo. Con este fin, la Oficina de Derechos de Autor, como autoridad administrativa, tendrá la facultad para ordenar medidas preventivas o cautelares rápidas y eficaces [...]*”. El artículo 177, por su parte establece que “*Las medidas preventivas o cautelares serán, entre otras: [...] c) La realización de inspección, incautación o comiso sin aviso previo [...]*”. El artículo 179, a su turno, precisa que “*Cualquier solicitante de una medida preventiva o cautelar, debe cumplir con presentar ante la autoridad administrativa, las pruebas a las que razonablemente tenga acceso y que la autoridad considera suficientes para determinar que [...] b) El derecho del solicitante está siendo infringido, o que dicha infracción es inminente [...]*”. El artículo 180, de otro lado, prevé que “*El solicitante de medidas preventivas o cautelares debe proporcionar a la autoridad, además de las pruebas a las que se refiere el artículo anterior, toda información necesaria para la identificación de los bienes, materia de la solicitud de medida preventiva y el lugar donde estos se encuentran*”. Finalmente, el artículo 181 contempla que “*La Oficina de Derechos de Autor tendrá la facultad para ordenar medidas preventivas o cautelares en virtud del pedido de una sola parte, sin necesidad de notificar previamente a la otra, en especial cuando haya posibilidad de que cualquier retraso cause daño irreparable al titular del derecho, o cuando haya un riesgo inminente de que se destruyan las pruebas*”; **b)** De los dispositivos legales anteriormente mencionados se desprende con toda precisión que si bien la autoridad administrativa, en este caso la Oficina de Derechos de Autor, tiene la plena facultad de poner en práctica medidas

preventivas o cautelares a efectos de cumplir con su función de tutela o protección sobre los derechos correspondientes al autor, no puede ejercer dicha responsabilidad de una manera absolutamente discrecional, sino sujeta a una serie de parámetros mínimos, que no por ser tales dejan de ser una exigencia a la par que una garantía respecto de las personas o entidades a las que dichas medidas son aplicadas. Dentro de dicha lógica y aunque es cierto que entre las medidas preventivas o cautelares se encuentra la diligencia de inspección (artículo 177), esta necesariamente debe ser solicitada por el interesado y sustentada con un mínimo de elementos probatorios o suficientes en la forma en que expresamente lo indica el anteriormente citado artículo 179. La exigibilidad de dichas pruebas elementales no es, por otra parte, un asunto opcional o facultativo, sino plenamente obligatorio, conforme lo ratifica el también citado artículo 180, lo que significa que no cabe un manejo diferenciado donde la norma simplemente no lo precisa o no lo habilita. En el contexto descrito, conviene añadir un detalle sobre en el que posteriormente se incidirá. No existe en el Decreto Legislativo 822 o Ley de Derechos de Autor norma alguna que habilita una diligencia de variación de inspección. Tampoco se encuentra prevista dicha facultad en el Decreto Legislativo N.º 807 o Ley Reguladora de las Facultades, Normas y Organización del Indecopi, lo que supone que su procedencia resulta en el menor de los casos seriamente cuestionable; **c)** De lo señalado en los acápites precedentes, y de lo que aparece de la Solicitud de Inspección formulada por la entidad demandada con fecha 8 de mayo del 2003 (obrante de fojas 25 a 28 de los autos), se observa que no existe un solo elemento probatorio que sustente dicha petición; dicho esto, incluso respecto de la denominada Universidad Privada de Tacna sobre quien originalmente se solicitó dicha medida. En dicho contexto, la simple invocación de normas jurídicas que realiza la entonces peticionante, no puede servir como argumento para convalidar la procedencia de la misma, no solo por las razones de insuficiencia probatoria anteriormente precisadas, sino porque incluso las propias normas citadas (literal f del artículo 169 del Decreto Legislativo N.º 822 y literales a, b y c del artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 807) no suponen excepción alguna, explícita o implícita sobre los mandatos legales establecidos en la tramitación de toda medida preventiva o cautelar; **d)** Tampoco se observa en el posterior escrito de variación de solicitud de inspección, presentado por la actual demandada con fecha 25 de julio del 2003 (ff. 30-31), que exista respaldo normativo alguno que sustente jurídicamente dicha medida, sea en base a la Ley de Derechos de Autor o en base a la Ley Reguladora de las Facultades, Normas y Organización del Indecopi. Por el contrario, este último escrito no solo vuelve a incurrir en una absoluta y clamorosa insuficiencia probatoria, sino que dicha anomalía resulta hasta considerativa o argumental, pues no se da una sola razón que justifique o respalde la diligencia de inspección y ni siquiera la de la consabida y, por demás, irregular solicitud de variación. Lo más saltante resulta siendo la contradicción evidente que existe entre este último escrito y uno anterior sobre suspensión presentado por la misma demandada con fecha 15 de julio del 2003 (f. 29), en el cual, y tras peticionarle a la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi suspender temporalmente la diligencia de inspección en el local de la Universidad Privada de Tacna, ubicado en la ciudad de Tacna, argumenta que dicha suspensión se realiza a fin de tramitar una variación de solicitud de inspección a llevarse a cabo en otra entidad ubicada en la misma localidad, cuando, al revés de ello y como se aprecia

de los autos, la consabida medida termina solicitándose y posteriormente ejecutándose en el local de la actual demandante, ubicado en Lima, esto es, fuera de la localidad para la que supuestamente había sido prevista dicha variación; **e)** Ni la tantas veces citada variación ni el escrito que pretende respaldarla tienen, como se ha señalado precedentemente, fundamento normativo alguno, constituyéndose, por las consideraciones descritas, en un procedimiento a todas luces irregular, habilitado *ipso facto* por parte de la demandada. Este solo hecho, por lo demás, sería suficiente para considerar nula la diligencia de inspección practicada por la Oficina de Derechos de Autor y cuya acta de fecha 15 de agosto del 2003 obra de fojas 50 a 68 de los autos. Sin embargo, tampoco es el único que merece aquí analizarse; **f)** A fojas 83 de los autos obra el escrito mediante el cual la demandada, tras haber formulado recurso de apelación contra la Resolución N.º 193-2004/ODA-INDECOPI, emitida por la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi, solicita el uso de la palabra, esta vez, ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (Sala de Propiedad Intelectual). También obra, a fojas 84, la Cédula de Notificación que con fecha 29 de septiembre emite la citada Sala de Propiedad Intelectual y en la cual responde la petición formulada argumentando que *“Conforme a lo dispuesto en el artículo 206.º del Decreto Legislativo N.º 822, Ley de Derecho de Autor, la actuación o denegación de la solicitud del uso de la palabra quedará a criterio de la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal. En el presente caso, del análisis de lo actuado y atendiendo a la materia en discusión, la Sala ha determinado DENEGAR el uso de la palabra solicitado”*; **g)** Considera este Colegiado, sobre este particular, que si bien el artículo 206 de la citada Ley de Derechos de Autor establece expresamente que en materia de solicitud de informe oral *“[...] La actuación de denegación de dicha solicitud quedará a criterio de la Sala del Tribunal, según la importancia y trascendencia del caso”*, ello no significa el reconocimiento de una facultad absolutamente discrecional. Aunque tampoco, y desde luego, no se está diciendo que todo informe oral tenga que ser obligatorio por el solo hecho de solicitarse, estima este Tribunal que la única manera de considerar compatible con la Constitución el susodicho precepto, es concibiéndolo como una norma proscriptora de la arbitrariedad. Ello, por de pronto, supone que la sola invocación al análisis de lo actuado y a la materia en discusión no puede ser suficiente argumento para denegar la solicitud de informe oral, no solo porque no es eso lo que dice exactamente la norma en cuestión (que se refiere únicamente a la importancia y trascendencia del caso), sino porque no existe forma de acreditar si, en efecto, se ha analizado adecuadamente lo actuado y si la materia en debate justifica o no dicha denegatoria. El apelar a los membretes sin motivación que respalde los mismos es simplemente encubrir una decisión que puede resultar siendo plenamente arbitraria o irrazonable; **h)** Desde la perspectiva descrita, considera este Colegiado que, sin necesidad de declarar inaplicable el citado artículo 206 del Decreto Legislativo 822, procede una lectura de dicho dispositivo de forma que resulte compatible con la Constitución y con el cuadro de valores materiales que ella reconoce. En el caso de autos, sin embargo, resulta evidente que la lectura que se ha dispensado a dicho precepto, y que aparece citada en la mencionada Notificación de fojas 84, no ha reparado en que si del análisis de los actuados aparecen notorias irregularidades acaecidas desde la etapa de la diligencia de inspección y que han sido cuestionadas en

todo momento, no se puede pretender que ni siquiera procede el derecho de defensa que, en la forma de informe oral, le asiste a la entidad demandante.

6. Por lo señalado hasta este momento, queda claro que, en el presente caso, no se ha hecho por parte de las dependencias e instancias del Indecopi una observancia escrupulosa del debido proceso administrativo entendido en términos formales. Cabe, por consiguiente, recordar que dicho derecho no es simplemente un conjunto de principios o reglas articuladas referencialmente a efectos de que la administración pueda utilizarlas o prescindir de las mismas cuando lo considere conveniente. De su objetividad y su respeto depende la canalización del procedimiento administrativo en una forma que resulta compatible con la Justicia como valor y la garantía para el administrado de que está siendo adecuada o correctamente procesado. Constatadas las infracciones descritas, la demanda debe estimarse en este primer extremo.

Análisis de la transgresión al debido proceso sustantivo. La correlativa amenaza a la libertad de trabajo

7. En lo que respecta al contenido mismo de las resoluciones administrativas cuestionadas por la entidad recurrente, esto es, la Resolución N.º 193-2004/ODA-INDECOPI, del 30 de julio del 2004, y la Resolución N.º 1006-2004-TPI-INDECOPI, del 4 de noviembre del 2004 (ff. 87-112 de los autos), este Colegiado estima pertinente puntualizar que, independientemente de que exista una diferenciación en los aspectos conclusivos en los que desembocan ambos pronunciamientos (uno es más gravoso que el otro), los mismos adolecen de un vicio de origen, que reside en el hecho de no haber reparado o meritulado de modo adecuado las transgresiones producidas por parte de la administración, al momento de efectuar la consabida diligencia de inspección e incluso (y esto respecto de la resolución de segunda instancia administrativa) durante el mismo procedimiento. Tal situación, sin necesidad de que ahora tenga que meritularse la intensidad de las sanciones aplicadas, conlleva arbitrariedad manifiesta en el proceder, lo que supone que, cualquiera que sea la conclusión adoptada, esta necesariamente ha devenido en irrazonable.

8. Entiende este Colegiado que independientemente de las transgresiones producidas respecto del derecho fundamental al proceso debido, existe correlativamente en el caso de autos, y a la luz del tipo de sanciones aplicadas (esencialmente pecuniarias), una amenaza cierta e inminente sobre la libertad de trabajo, concretizada en el hecho de venirse requiriendo a la recurrente, bajo apercibimiento de aplicarse nuevas sanciones (f. 24 y 24 vuelta del cuadernillo especial), el pago de un monto de dinero como el fijado en la Resolución N.º 1006-2004-TPI-INDECOPI. Bajo tales consideraciones se hace necesario, de modo adicional a lo señalado precedentemente, hacer hincapié en la necesidad de que en toda circunstancia en la que se aplique sanciones de tipo económico se ponderen del modo más adecuado sus efectos y consecuencias a fin de no perjudicar de modo ostensible la citada libertad.

Facultad de verificación y sanción de las dependencias del Indecopi

9. Este Tribunal, por último, deja claramente establecido que el hecho de que tras haberse detectado las infracciones a las dimensiones del debido proceso aquí señaladas, tenga que disponerse necesariamente la inaplicabilidad de las resoluciones

cuestionadas, no supone que las dependencias competentes del Indecopi (específicamente su Oficina de Derechos de Autor) no puedan realizar *a posteriori* una nueva verificación sobre la entidad recurrente y aun sancionar, de darse el caso. Simplemente la necesidad y, al mismo tiempo, la advertencia de que en tales ocasiones se proceda con sujeción escrupulosa a la normatividad aplicable, que, como ya se señaló en su momento, establece criterios imperativos o de observancia obligatoria. Queda claro, en todo caso, que los actos administrativos que han sido consecuencia de las resoluciones cuestionadas (entre ellos, el requerimiento de pago anteriormente señalado) carecen de sustento.

EXP. N° 5961-2009-PA/TC **TRANSPORTES VEA S.A.C. AUTOS USADOS**

CASO

Con fecha 5 de octubre de 2006, la Sociedad recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, solicitando que se declare inaplicables, a su caso, los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC y 017-2005-MTC, y el artículo 3º del Decreto Legislativo N.º 843; y que, en consecuencia, se le permita importar vehículos automotores usados que tengan una antigüedad mayor de cinco años. Refiere que los decretos cuestionados vulneran sus derechos constitucionales a la libre contratación y al trabajo.

El Procurador Público Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones propone las excepciones de prescripción y de incompetencia, y contesta la demanda señalando que el contenido normativo establecido por los decretos cuestionados para la importación de vehículos automotores usados se sustenta en razones de seguridad vial y de conservación y protección del medio ambiente.

Con fecha 26 de octubre de 2006, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria solicita intervenir en el proceso como litisconsorte del Ministerio demandado; y con fecha 31 de octubre de 2006, el Juzgado Mixto de Huaycán resuelve incluirla como litisconsorte facultativo pasivo.

La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria propone las excepciones de prescripción y de incompetencia, y contesta la demanda señalando que los fundamentos de ésta no se encuentran directamente vinculados con el objeto normado en los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, por cuanto la Sociedad demandante no se dedica a la actividad de reparación o reacondicionamiento de vehículos automotores usados. Asimismo, señala que lo normado en los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC y 017-2005-MTC no contraviene lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad emitida en el Exp. N.º 00017-2004-AI/TC, por cuanto estos decretos no disponen que se suspenda la importación de vehículos automotores usados.

Con fecha 8 de febrero de 2007, Inversiones Carbajal S.R.L. solicita su intervención como litisconsorte facultativo de la Sociedad demandante; y con fecha 13 de febrero de 2007, el Juzgado Mixto de Huaycán declara improcedente su pedido de intervención litisconsorcial.

El Juzgado Mixto de Huaycán, con fecha 12 de marzo de 2007, declaró no sanear el proceso, nulo todo lo actuado y concluido el proceso, por considerar que no es el Juzgado competente para conocer la demanda.

La Octava Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 15 de julio de 2008, confirmó la apelada, por estimar que la demanda debió ser interpuesta en el distrito de Lima y no en el de Huaycán, porque el Juez competente para conocer el presente proceso, por razón de territorio, es el Juez del distrito de Lima.

Con fecha 9 de diciembre de 2008, la Sociedad demandante interpuso recurso de agravio constitucional; con fecha 6 de enero de 2009, la Sala revisora declaró improcedente el recurso de agravio constitucional. Con fecha 23 de marzo de 2009, la Sociedad demandante interpuso recurso de queja; y con fecha 4 de mayo de 2009, mediante la resolución recaída en el Exp. N.º 00097-2009-Q/TC, este Tribunal declaró fundado el recurso de queja.

PRECEDENTE

§4.1. Efectos del precedente: amparo contra resoluciones judiciales

21. En tal temperamento, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del CPConst, este Tribunal establece como precedente vinculante las siguientes reglas:

a. Que el contenido normativo del Decreto Legislativo N.º 843, de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC y de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 es conforme con la Constitución, por cuanto no vulnera en forma directa ni indirecta el contenido constitucional de los derechos al trabajo y a las libertades de trabajo, de empresa, de contratación y de iniciativa privada, por lo que los decretos mencionados no pueden ser inaplicados en ninguna clase de proceso por los jueces del Poder Judicial.

En tal sentido, todos los jueces del Poder Judicial que conozcan de cualquier clase de proceso en el que se cuestione la constitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, por imperio del tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tienen el deber de confirmar la constitucionalidad de su contenido normativo.

b. Las resoluciones judiciales que hayan inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-

2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, son eficaces y ejecutables hasta el 5 de noviembre de 2008.

A partir del 6 de noviembre de 2008, todas las resoluciones judiciales que hayan inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, son consideradas contrarias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y a la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por lo que carecen de eficacia.

Para que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales firmes emitidas a partir del 6 de noviembre de 2008, que hayan inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, excepcionalmente, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de su Procurador Público, tiene habilitado el plazo de prescripción previsto en el segundo párrafo del artículo 44º del CPConst. para interponer la respectiva demanda de amparo contra resolución judicial firme.

Dicho plazo de prescripción, habilitado en forma excepcional, se inicia a partir del día en que la presente sentencia le sea notificada al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

EXP. N° 0001-2010-CC/TC **PODER EJECUTIVO AUTOS USADOS II**

CASO

Demanda de conflicto competencial interpuesta por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación del Presidente de la República y con la aprobación del Consejo de Ministros, contra el Poder Judicial.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 30 de marzo de 2010 el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), en representación del Presidente de la República y con la aprobación del Consejo de Ministros, interpone demanda de conflicto competencial contra el Poder Judicial, con el objeto de que se determine que la regulación relativa a los requisitos para la importación de vehículos y autopartes usados es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, y que, como consecuencia de ello, se declare la invalidez de las siguientes resoluciones judiciales: a) Resolución N.º 11, de fecha 12 de enero de 2010, emitida por la Sala Civil de Tacna, recaída en el Exp. N.º 00961-2009-44-2301-JR-CI-01, seguida por Kanagawa Corporation contra la SUNAT y otros; b) Resolución N.º

11, de fecha 8 de junio de 2007, emitida por el Juzgado Mixto de Huaycán, recaída en el Exp. N.º 2006-0109-68-1807-JM-CI-01, seguida por Importaciones y Servicios Barrera S. A. contra el MTC y otros; c) Resolución S/N, de fecha 03 de junio de 2009, emitida por el Juzgado Mixto de Huaycán, recaída en el Exp. N.º 2006-0170-53-1807-JM-CI-01, seguida por Transporte Vicente Eusebio Andrea SAC contra el MTC y otros; y, d) Resolución N.º 9, de fecha 18 de enero de 2010, emitida por el Segundo Juzgado Civil del Callao, recaída en el Exp. N.º 2009-02282-1-0701-JR-CI-02, seguida por Autopartes Diesel Álvarez EIRL contra la SUNAT y otro.

Afirma el demandante que una debida interpretación del artículo 18º, incisos 1), 3), 8) y 9), de la Constitución, y del artículo 4º 1 de la Ley N.º 29158 —Ley Orgánica del Poder Ejecutivo—, es aquella que establece que el diseño y la supervisión de las políticas nacionales y sectoriales es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, la que permite concluir que la regulación relativa al ingreso de vehículos usados al país es una competencia exclusiva del Ejecutivo, y que ha sido menoscabada por el Poder Judicial al emitir las referidas resoluciones judiciales, a través de las cuales ha inaplicado normas jurídicas imperativas que regulan la importación de vehículos y autopartes usados, supliendo así los actos administrativos y de gobierno emitidos por el Poder Ejecutivo.

Señala el recurrente que las normas inaplicadas constituyen una herramienta de su política sectorial destinada a velar por la salud pública, priorizar el cuidado del medio ambiente, garantizar la seguridad de los usuarios, mejorar la calidad de los vehículos usados importados y lograr el cambio de la matriz energética que contribuya al ahorro de combustible, permitiendo el ingreso de vehículos automotores con un menor desgaste y, por ende, en mejores condiciones de mantenimiento.

Refiere que si el Poder Ejecutivo goza de las competencias para cumplir y hacer cumplir la Constitución, los tratados y las leyes, de dirigir la política general de gobierno, y de hacer cumplir las resoluciones jurisdiccionales, resulta que dichas competencias se han visto afectadas por la forma en que el Poder Judicial viene ejerciendo su competencia constitucional de administrar justicia. Sostiene que pese a no existir disputa sobre la titularidad de las competencias en mención, en los hechos se viene emitiendo una serie de resoluciones jurisdiccionales que enervan la exclusividad competencial que el bloque de constitucionalidad confiere al Poder Ejecutivo en materia de regulación de los requisitos para el ingreso de vehículos usados al país. En tal sentido, manifiesta que dentro de la esfera de sus competencias, el Poder Judicial ha impedido al Poder Ejecutivo desarrollar la actividad reguladora que le compete, por lo que se ha configurado un conflicto competencial por menoscabo en sentido estricto.

Contestación de la demanda

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente. Sostiene que la emisión de resoluciones jurisdiccionales estimatorias no implica que el Poder Judicial esté afectando atribuciones del Poder Ejecutivo, pues los jueces emiten sus sentencias en el marco de sus funciones jurisdiccionales y bajo los principios de independencia y

autonomía, a lo que se suma la atribución de ejercer el control difuso de constitucionalidad de las normas. Afirma que, en todo caso, si alguna de las partes se encuentra disconforme con el contenido de dichas resoluciones, cabe la interposición de los recursos impugnatorios que la ley franquea, o, en su caso, la presentación contra ellas de las demandas de amparo respectivas.

Aduce que ambos poderes del Estado, tanto el Ejecutivo como el Judicial, han actuado en el marco de sus atribuciones constitucionales, por lo que no se evidencia forma alguna de menoscabo en el ejercicio de dichas atribuciones.

Manifiesta que en el presente caso no se evidencia que los jueces hayan inobservado precedentes vinculantes expedidos por el Tribunal Constitucional, por lo que la pretensión del demandante se reduce a la búsqueda de dejar sin efecto resoluciones que han alcanzado la calidad de cosa juzgada, protegida por el artículo 139° 2 de la Constitución.

III. MATERIA CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTE

En el caso estriba en determinar si el Poder Judicial, al expedir resoluciones judiciales que inaplican normas legales por considerar que violan derechos fundamentales, afecta las atribuciones del Poder Ejecutivo en materia de regulación de los requisitos para la importación de vehículos y autopartes usados.

VI. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. El demandante ha interpuesto demanda de conflicto competencial contra el Poder Judicial con el objeto de que se determine que la regulación relativa a los requisitos para la importación de vehículos y autopartes usados es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, y que, como consecuencia de ello, se declare la invalidez de determinadas resoluciones judiciales que, inaplicando normas emitidas por el Ejecutivo, han permitido la importación de vehículos y autopartes que no cumplen con las condiciones legalmente previstas.

§2. Tipos de conflicto competencial

2. Conforme establece el artículo 110° del Código Procesal Constitucional (CPCo.), el conflicto competencial “se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales [legitimados para participar en el proceso] adopta decisiones o rehuye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro”.

El conflicto competencial, típicamente, se genera cuando más de un órgano constitucional reclama para sí la titularidad de una misma competencia o atribución (conflicto positivo), o cuando, en contraposición a ello, más de un órgano constitucional se considera incompetente para llevar a cabo un concreto acto estatal (conflicto negativo). Pero no son estos los únicos supuestos que pueden desencadenar un conflicto competencial susceptible de ser dirimido por este Tribunal, pues también cabe que se susciten los denominados *conflictos por omisión de cumplimiento de acto obligatorio*.

En palabras de este Colegiado, “si bien es cierto que los ‘típicos’ conflictos positivo y negativo de competencia pueden dar lugar al proceso competencial, también lo es que cuando el artículo 110º del CPConst. establece que en éste pueden ventilarse los conflictos que se suscitan cuando un órgano rehuye deliberadamente actuaciones ‘afectando’ las competencias o atribuciones de otros órganos constitucionales, incorpora también en su supuesto normativo a los *conflictos por omisión [de] cumplimiento de acto obligatorio*, pues no cabe duda de que cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo las competencias constitucionales atribuidas a otro órgano constitucional, las ‘afecta’. No se trata pues de la disputa por titularizar o no una misma competencia, sino de aquella que se suscita cuando, sin reclamarla para sí, un órgano constitucional, por omitir un deber constitucional o de relevancia constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias constitucionales de otro” [Cfr. STC 0005-2005-CC, fundamento 23].

3. Asimismo, este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia el denominado *conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales*, el cual ha clasificado en: a) conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto, que se produce cuando, sin existir un conflicto en relación con la titularidad de una competencia o atribución, un órgano constitucional ejerce su competencia de un modo tal que afecta el adecuado ejercicio de las competencias reservadas a otro órgano constitucional; b) conflicto constitucional por menoscabo de interferencia, que se produce cuando los órganos constitucionales tienen entrelazadas sus competencias en un nivel tal que uno o ninguno de ellos puede ejercer debidamente sus competencias sin la cooperación del otro; y, c) conflicto constitucional por menoscabo de omisión, producido cuando un órgano constitucional, al omitir el ejercicio de una competencia, afecta la posibilidad de que otro ejerza debidamente las suyas [Cfr. STC 0006-2006-CC, fundamentos 19 a 23].

4. Ahora bien, vistas con detenimiento las cosas, cabe precisar que los denominados *conflicto por omisión de cumplimiento de acto obligatorio* y *conflicto constitucional por menoscabo de omisión* representan dos supuestos de conflicto sustancialmente idénticos, por lo que no existe mérito constitucional para diferenciarlos. Así, por ejemplo, cuando la Superintendencia de Banca y Seguros desconoció su deber de solicitar previamente opinión al Banco Central de Reserva para la autorización o denegación de la transformación de una sucursal de empresa financiera extranjera en una empresa constituida en territorio peruano, omitió un acto de cumplimiento obligatorio —es decir, omitió ejercer una competencia reglada— afectando la posibilidad de que otro órgano constitucional —a saber, el Banco Central de Reserva— ejerciera debidamente sus competencias [Cfr. STC 0005-2005-CC].

En estricto pues, no siendo el *conflicto por omisión de cumplimiento de acto obligatorio* nada distinto al *conflicto constitucional por menoscabo de omisión*, y tomando en cuenta que todo conflicto por menoscabo de atribuciones constitucionales implica la adopción de una conducta (acto u omisión) por parte de un órgano constitucional que “afecta” el ejercicio adecuado de las competencias de otro, puede sostenerse que este último tipo de conflicto (el conflicto por menoscabo de atribuciones constitucionales) —así como los conflictos positivos y negativos— también se encuentra previsto en el

artículo 110° del CPCo., en tanto que, como quedó expuesto, el precepto reza que el conflicto competencial se produce “cuando alguno de los poderes o entidades estatales [legitimados para participar en el proceso] adopta decisiones o rehuye deliberadamente actuaciones, *afectando* competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro” (subrayado agregado).

§3. Vicio competencial de los actos estatales y delimitación del objeto de control en los procesos competenciales

5. El proceso competencial no es un proceso abstracto. Su objeto no es determinar la titularidad de una competencia o atribución con prescindencia de la existencia de una conducta (un acto o una omisión) que en concreto sea el elemento desencadenante del conflicto interórganos. Por ello, el artículo 113° del CPCo., establece que la sentencia emitida en el proceso competencial “[d]etermina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos. Cuando se hubiera promovido conflicto negativo de competencias o atribuciones, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas”.

6. Para que resulte procedente el control constitucional de un acto de un órgano constitucional en el marco de un proceso por conflicto de competencias o atribuciones, el vicio que en él anida debe ser de carácter competencial, es decir, debe conllevar la afectación de las competencias o atribuciones constitucionales de otro órgano constitucional, sea porque es representativo de una subrogación inconstitucional en el ejercicio de dichas competencias, sea porque llanamente impide o dificulta irrazonablemente su ejecución.

7. Si la afectación de una competencia es la característica *sine qua non* del vicio competencial que puede aquejar a un acto de poder, entender cabalmente cuándo se produce dicha afectación requiere introducirse en el concepto de competencia.

Con relación a ello, el Tribunal Constitucional tiene expuesto que “[l]a competencia hace referencia a un poder conferido por la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad para generar un acto estatal” [Cfr. RTC 0013-2003-CC, considerando 10.5.]. Dicho poder se manifiesta en el ejercicio de alguna función estatal, sea ésta normar, llevar a cabo o ejecutar un acto administrativo, dirimir conflictos o incertidumbres jurídicas, o controlar. En tal sentido, el vicio competencial susceptible de ser conocido en un proceso competencial se presenta cuando un órgano constitucional se subroga inconstitucionalmente o afecta a otro en el ejercicio de alguna de estas funciones.

8. Ahora bien, afectar el ejercicio de dichas funciones es algo distinto a controlar su validez sustantiva. Lo primero incide en el ejercicio de la competencia, lo segundo incide en el contenido sustantivo del acto a través del cual se manifiesta. Una mirada detenida en los tipos de invalidez en los que pueden incurrir los actos estatales en el marco de un Estado Constitucional, permitirá clarificar este punto.

9. En el ámbito de un Estado Constitucional, para que un acto sea válido, debe cumplir, esencialmente, con tres condiciones formales y con una condición sustantiva. Las condiciones formales son: a) haber sido emitido por el órgano competente (condición de competencia formal); b) haberse circunscrito al ámbito material predeterminado por el sistema jurídico (condición de competencia material); y, c) haberse observado el procedimiento preestablecido para su dictado (condición de procedimiento). La condición sustantiva es que el contenido del acto (lo que ordena, prohíbe o permite), resulte conforme con los derechos, valores y principios sustantivos reconocidos en la Constitución. De ello resulta que un acto puede ser válido desde un punto de vista formal e inválido desde un punto de vista sustantivo, o a la inversa.

Es evidente que las condiciones de competencia formal y las condiciones de competencia material de validez de los actos son, en cierto modo, “dos caras de la misma moneda”: si un acto incurre en un vicio de competencia formal, es porque no debió ser dictado por un concreto órgano, y ello determina que este órgano haya incurrido en un vicio de competencia material al haberse ocupado de una materia reservada a otro.

10. Pues bien, teniendo en cuenta lo expuesto y lo previsto en el artículo 110° del CPCo, puede concluirse que, tratándose de actos de los órganos constitucionales, el proceso competencial tiene como condición necesaria de procedencia la existencia de un vicio competencial en dichos actos, es decir, vinculado con las condiciones de competencia formal y material para su validez constitucional, al tiempo que puede controlarse que no se afecte la ejecución de actos por parte de otros órganos constitucionales en el marco de sus competencias constitucionales formales y materiales.

Ello, desde luego, no impide que adicionalmente pueda emitirse algún juicio contingente relacionado con la validez formal procedimental o con la validez sustancial del acto controlado. Empero, es su vicio competencial de validez, entendido en los términos antes expuestos, el requisito determinante para la procedencia del proceso competencial.

11. Ciertamente es que, en última instancia, desde un punto de vista teórico, todo problema de validez jurídica puede ser reconducido a criterios formales, dejando de lado los criterios sustantivos. Así, por ejemplo, podría afirmarse que una ley ordinaria dictada por el Congreso que viola un derecho fundamental, en definitiva instancia, incurre en un vicio de competencia y no sustantivo, pues no se hablaría de violación, sino de mera modificación o derogación en caso de que la norma hubiese sido dictada por el poder de reforma constitucional conforme al procedimiento preestablecido.

No obstante, esta visión es ajena a la perspectiva de un Estado Constitucional, que cuenta entre sus rasgos esenciales no solo con el reconocimiento al más alto nivel normativo de unos derechos fundamentales cuyo contenido determina la validez sustantiva de toda norma o acto, sino además con el reconocimiento —tal como sucede en el sistema peruano— de que el contenido esencial de dichos derechos fundamentales actúa como límite sustantivo de validez de los actos del propio poder

de reforma constitucional [Cfr. STC 0050-2004-PI / 0051-2004-PI / 0007-2005-PI / 0009-2005-PI, fundamentos 36 a 39].

12. Pero ello es una cosa, y otra, muy distinta, concluir que la violación del contenido sustantivo de la Constitución (los derechos, valores o principios reconocidos por ella), por parte de un acto estatal que cumple con las condiciones de competencia formal y material para su validez constitucional, pueda ser controlada a través de un proceso competencial. Ello supondría desnaturalizar la naturaleza y finalidad del proceso, previa desvirtuación del tipo de vicio que puede dar mérito a su conocimiento, a saber, el vicio competencial.

Desde luego, con lo dicho no pretende sostenerse que los vicios de validez sustantiva en los que puedan incurrir los actos de poder no puedan ser controlados por la jurisdicción constitucional. Tan solo se sostiene que dicho control, dada la naturaleza y finalidad del proceso competencial, no puede manifestarse en su seno (cuando menos no como núcleo del análisis), debiendo ventilarse en el marco de los procesos constitucionales de control de actos (amparo, hábeas corpus y hábeas data).

§4. Apartamiento del criterio establecido en la STC 0006-2006-CC

13. Fue una visión excesivamente amplia del tipo de vicio de validez que puede ser conocido en un proceso competencial, la que llevó a este Tribunal, a través de la STC 0006-2006-CC, a conocer el fondo de la demanda de conflicto de atribuciones planteada por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo —en representación del Presidente de la República— contra el Poder Judicial. En ese caso, el Tribunal Constitucional estimó la demanda competencial al considerar que el Poder Judicial, al expedir una serie de sentencias estimatorias en procesos de amparo y de cumplimiento, había menoscabado las atribuciones del Poder Ejecutivo al ejercer el control constitucional de normas emitidas por este Poder del Estado. Las sentencias expedidas por el Poder Judicial habían inaplicado normas del Ejecutivo, interpretando determinadas normas sustantivas de la Constitución en contraposición a la interpretación que de tales normas había realizado el Tribunal Constitucional, esto es, apartándose del mandato previsto en los artículos VI y VII del Título Preliminar del CPCo.

14. Como se aprecia, fue la existencia de un vicio de validez sustantivo y no competencial —en los términos antes expuestos— el que llevó a este Colegiado a estimar dicha demanda. No obstante, conforme a las consideraciones expuestas en esta sentencia, el Tribunal Constitucional establece que en ningún caso la alegación de la existencia de un vicio de validez constitucional sustantivo en el acto de un órgano constitucional puede dar lugar a la procedencia de una demanda de conflicto competencial. Por ello, en lo que a esta cuestión respecta, este Colegiado se aparta del criterio sostenido en la STC 0006-2006-CC.

§5. Análisis del caso concreto

15. El demandante se ha fundamentado en los criterios sostenidos en la STC 0006-2006-CC para presentar la demanda de autos. En efecto, solicita a este Tribunal que declare la inconstitucionalidad de determinadas resoluciones judiciales emitidas por

el Poder Judicial, en razón de que a través de ellas se ha controlado la constitucionalidad de una serie de normas expedidas por el Ejecutivo que establecían las condiciones para la importación de autos usados o se ha exigido la ejecución de previas resoluciones judiciales que habían efectuado dicho control. Considera el demandante que con dicha conducta el Poder Judicial ha menoscabado las competencias del Poder Ejecutivo en materia de regulación de las condiciones para la importación de vehículos y autopartes usados.

16. De esta manera, el vicio de validez que se acusa en dichas resoluciones jurisdiccionales es de carácter sustantivo y no competencial, pues no solo resulta que el Poder Judicial es competente formal y materialmente para expedir resoluciones judiciales y para controlar a través de ellas la constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo, sino que al hacerlo no ha desconocido o afectado la competencia formal y material del Poder Ejecutivo para regular las condiciones para la importación de vehículos y autopartes usados. El Poder Judicial se ha limitado a controlar el contenido sustantivo de dicha regulación y a analizar si los decretos expedidos cumplían con las condiciones endógenas y exógenas exigidas por la Constitución para su dictado.

Asunto distinto es analizar si dicho control sustantivo se ha realizado o no conforme a la Norma Fundamental y a las interpretaciones que de ella realiza este Colegiado a través de su jurisprudencia. Pero el control constitucional respectivo contra dichas resoluciones judiciales debe ejercerse a través de los medios impugnatorios respectivos, o, en su caso, a través de la presentación de una demanda de amparo, en los términos desarrollados por el este Tribunal en la STC 04853-2004-PA/TC, fundamentos 6 a 21.

17. Cabe precisar que lo expuesto no implica que en el marco de un proceso competencial sea inviable la posibilidad de controlar la validez constitucional de una resolución judicial expedida por el Poder Judicial por menoscabar las competencias de otro órgano constitucional. No obstante, para que ello sea posible, dicha resolución debe de adolecer de un vicio competencial, es decir, debe haber afectado la competencia de otro órgano constitucional y no haberse limitado a controlar la validez sustantiva o procedimental del acto a través del cual se ha manifestado. Así, por ejemplo, si a través de una resolución judicial se desconociese la atribución del Poder Ejecutivo para reglamentar las leyes (artículo 118° 8 de la Constitución), se estaría menoscabando dicha atribución, sin perjuicio de que quepa controlar jurisdiccionalmente la validez sustantiva y procedimental del acto de reglamentación, pues ésta es, justamente, una competencia constitucional del Poder Judicial.

18. Ahora bien, es verdad que considerando que el demandante se ha sustentado en los criterios de la STC 0006-2006-CC, este Tribunal podría considerar la aplicación de un cambio de criterio prospectivo (*prospective overruling*) que no afecte la procedencia de la demanda de autos. Es decir, podría optar por aplicar por última ocasión los criterios expuestos en aquella sentencia e ingresar al fondo del asunto, anunciando la aplicación futura de los criterios de procedencia desarrollados en esta sentencia. Por lo demás, ello permitiría proteger el derecho fundamental de acceso a la justicia del demandante y controlar constitucionalmente una serie de resoluciones judiciales que

han violado el derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, al permitir inconstitucionalmente la importación e ingreso al parque automotor de autos y autopartes usados que no cumplen con las condiciones constitucionalmente exigidas por la normativa dictada por el Poder Ejecutivo.

No obstante, existe una razón determinante que impulsa a este Tribunal a aplicar inmediatamente el nuevo criterio declarando la improcedencia de la demanda. Dicha razón consiste en que a través de la STC 5961-2009-PA/TC, este Colegiado ya se ha ocupado de esta problemática constitucional, en especial a través del precedente vinculante establecido en el tercer punto resolutivo. En efecto, a través de dicha sentencia, y en el marco de las condiciones en ella expuestas, se ha establecido que en forma excepcional el Ministerio de Transportes y Comunicaciones tiene habilitado el plazo previsto en el segundo párrafo del artículo 44° del CPCo. para interponer la respectiva demanda de amparo contra la resolución judicial firme que haya inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008.

En definitiva, el cambio de criterio establecido en esta sentencia en modo alguno puede ser interpretado como una renuncia por parte de este Tribunal a su deber de valorar, pacificar y ordenar la problemática constitucional suscitada como consecuencia de la expedición de un número importante de resoluciones judiciales que han autorizado inconstitucionalmente la importación de autos y autopartes usados. Por el contrario, razón determinante para la aplicación inmediata del nuevo criterio adoptado en relación con la procedencia de las demandas de conflicto competencial, reside en el hecho de que el problema de fondo planteado ya ha sido abordado por el Tribunal Constitucional a través de la STC 05961-2009-PA/TC, la cual, como antes se ha dicho, tiene la calidad de precedente constitucional vinculante, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPCo.

§5.1. Consecuencias del desacato del precedente de la STC 05961-2009-PA/TC

19. Si bien en los fundamentos que anteceden se ha precisado que el presente caso no será resuelto conforme a los criterios de la STC 0006-2006-CC, ello no es óbice para que este Tribunal precise las consecuencias jurídicas que generan la inobservancia, contravención o desacato de las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC.

20. Para determinar tales consecuencias jurídicas, es importante tener presente que en el considerando 8 de la RTC 05961-2009-PA/TC, este Tribunal subrayó que “las reglas establecidas como precedente vinculante [sobre la importación de vehículos automotores y partes usadas] deb[ía]n ser acatadas y respetadas no sólo por los jueces, sino también por todos los poderes públicos”, es decir, que estos se encontraban impedidos de actuar en contra de las reglas establecidas como precedente vinculante.

21. Complementando ello, en la misma resolución este Tribunal precisó que dicha vinculación obligatoria e inexcusable se producía desde que el precedente vinculante

de la STC 05961-2009-PA/TC había sido publicado en la página web, esto es, desde el 18 de junio de 2010.

Ello fue precisado en atención a que el precedente constitucional, por su fuerza vinculante, tiene efectos similares a una ley, esto es, que las reglas establecidas en él son de obligatorio e ineludible cumplimiento por todas las personas y entidades de la Administración Pública, sin importar si han sido parte o terceros en el proceso en que se emitió.

22. Por consiguiente, a partir del 18 de junio de 2010 ningún juez podía emitir alguna resolución judicial que resolviera inaplicar el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008.

Ello porque en las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC se determinó que, por la forma y por el fondo, el contenido normativo de los decretos mencionados era conforme con la Constitución, por lo que debía ser acatado, respetado y cumplido por todas las personas y entidades de la Administración Pública.

23. A pesar de que la constitucionalidad de los decretos mencionados fue confirmada y reafirmada por las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, es de público conocimiento que, después de la publicación y difusión del precedente vinculante, algunos jueces han seguido emitiendo medidas cautelares en claro desacato y contravención a las reglas establecidas en él.

Dicha conclusión resulta inequívoca, debido a que en el tercer punto resolutivo de la STC 05961-2009-PA/TC este Tribunal estableció como precedente vinculante que “todos los jueces del Poder Judicial que conozcan de cualquier clase de proceso en el que se cuestione la constitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, por imperio del tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tienen el deber de confirmar la constitucionalidad de su contenido normativo”.

24. Por estas razones, esta actuación judicial de desacato por sí misma resulta inconstitucional, ya que después del 18 de junio de 2010 se han emitido sendas resoluciones judiciales que en forma manifiesta contravienen o inobservan las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, que deben ser respetadas, cumplidas y defendidas por todas las personas y entidades de la Administración Pública, especialmente por los jueces del Poder Judicial, ya que son ellos, en todos los procesos que conocen, los primeros que asumen el papel de garantes de la defensa del orden constitucional.

25. Consecuentemente este Tribunal considera que toda resolución judicial, sea una medida cautelar o una sentencia de primer o segundo grado, que inaplique el contenido normativo del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de

Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 o que contravenga, inobserve o se aparte de las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, es nula de pleno derecho por ser inconstitucional.

26. Por ello, debe establecerse que las entidades de la Administración Pública se encuentran impedidas de acatar cualquier resolución judicial emitida que inaplique el contenido normativo del Decreto Legislativo N.º 843, de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC y de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 o que contravenga o inobserve las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC. Ello porque dichas resoluciones judiciales son nulas de pleno derecho por ser inconstitucionales.

27. Si se comprueba que las resoluciones judiciales emitidas son contrarias a las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, este Tribunal considera que los jueces que las emitieron deben ser procesados y sancionados por el Consejo Nacional de la Magistratura y la Oficina de Control de la Magistratura, así como denunciados por el Ministerio Público, a fin de que sean procesados penalmente, pues ningún juez puede fallar en contra del texto expreso y claro de las reglas establecidas como precedente vinculante.

Cabe recordar que en estos casos el Ministerio Público ha considerado que el comportamiento de los jueces que fallan en contra o apartándose del precedente vinculante se encuadra dentro del tipo penal de prevaricato. Esta posición, fue destacada por la Fiscal de la Nación en la Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º 041-2010-MP-FN, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de enero de 2010. En dicha resolución, la Fiscal de la Nación precisó que los jueces que emitan resoluciones judiciales contrarias al precedente vinculante cometen el delito de prevaricato porque fallan en contra del texto expreso y claro del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

28. De otra parte, este Tribunal considera importante destacar que todas las medidas cautelares que disponen la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 y que permiten la libre importación de vehículos automotores y partes usados, han sido dictadas en contravención del límite de irreversibilidad de las mismas previsto en el artículo 15º del CPCo, por cuanto los vehículos automotores y partes usados que ingresan al país y son entregados a los demandantes automáticamente ingresan al mercado para ser transferidos a terceros, tornando en imposible que nuevamente dichos bienes regresen a las Aduanas en caso de que la demanda sea desestimada en forma definitiva.

En estos casos, resulta de aplicación el artículo 16º del CPCo, cuyo texto prescribe que el “sujeto afectado por la medida cautelar puede promover la declaración de responsabilidad”, y que de verificarse la misma, en “modo adicional a la condena de costas y costos, se procederá a la liquidación y ejecución de los daños y, si el juzgador

lo considera necesario, a la imposición de una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal”.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte, la demanda; en consecuencia, establecer conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, como **PRECEDENTE VINCULANTE** las reglas siguientes:

a. Las resoluciones judiciales que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, son nulas de pleno derecho por ser inconstitucionales.

b. Los jueces que hayan emitido resoluciones judiciales, disponiendo la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, deben ser procesados y sancionados por el Consejo Nacional de la Magistratura y la Oficina de Control de la Magistratura.

c. Las entidades de la Administración Pública se encuentran impedidas de acatar cualquier resolución judicial emitida a partir del 18 de junio de 2010 que inaplique el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 o que contravenga o inobserve las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC.

d. Los jueces que hayan emitido resoluciones judiciales que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, deben ser denunciados penalmente por el Ministerio Público por el delito de prevaricato.

e. Las medidas cautelares que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, además de ser nulas de pleno derecho por ser inconstitucionales, generan que se promueva la declaración de responsabilidad civil tanto de jueces, abogados y demandantes.

2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en los demás extremos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ

BEAUMONT CALLIRGOS

VERGARA GOTELLI

ETO CRUZ

ÁLVAREZ MIRANDA

**c. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA
POSTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL
CONSTITUCIONAL**

**EXP. N° 1182-2005-PA/TC
CAROL LUZ SÁENZ LUMBRERAS vs. SENATI**

CASO

Con fecha 12 de diciembre de 2003, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Director Zonal Lima -Callao del Servicio Nacional de Adiestramiento de Trabajo Industrial (Senati) y los miembros del Comité de Disciplina de dicha entidad, a fin de que se deje sin efecto la Resolución Directoral N.º 042-2003/AL.DZLC, su fecha 10 de octubre de 2003, que dispuso su expulsión por realizar actos reñidos con la moral y las buenas costumbres, y la Resolución Directoral N.º 053-2003/AL.DZL, su fecha 23 de octubre de 2003, que declaró improcedente su recurso de reconsideración; y que, en consecuencia, se disponga su reincorporación como alumna de dicha entidad. Invoca la vulneración de sus derechos al trabajo, a la educación, al debido proceso, a la pluralidad de instancia, a la legítima defensa, a la integridad moral, al libre desarrollo, a la igualdad ante la ley, al honor y la buena reputación, a la libertad y seguridad personales, el principio de legalidad y los derechos a la libertad de creación intelectual, artística y científica y de acceso a la cultura.

El emplazado propone la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa y contesta la demanda manifestando que la sanción de expulsión impuesta está prevista en el 48C del Decreto Supremo N.º 012-74-IT-DS

El Tercer Juzgado Civil de Independencia, con fecha 18 de febrero de 2004, declara fundada la excepción deducida y, consecuentemente, nulo todo lo actuado, dando por concluido el proceso, por considerar que la recurrente no había acreditado que no existiera una segunda instancia administrativa superior a la Dirección Zonal Lima y Callao del Senati.

La Primera Sala Especializada en lo Civil del Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, con fecha 15 de octubre de 2004, revocando la apelada, declara infundada la excepción e improcedente la demanda por estimar que el proceso de amparo, al carecer de etapa probatoria, no era la vía idónea para dilucidar la controversia.

FUNDAMENTOS

El debido proceso en sede administrativa

8. La Corte Interamericana sostiene en doctrina que ha hecho suya este Tribunal Constitucional:

[..] si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos. (párrafo 69). "(...) Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas" (Párrafo 71) [La Corte ha insistido en estos postulados en los Casos Baena Ricardo, del 2 de febrero de 2001 (Párrafos 124-127), e Ivcher Bronstein, del 6 de febrero de 2001 (Párrafo 105)]." (Cfr. 2050-2002-AA, Caso Ramos Colque)

9. En constante y reiterada jurisprudencia hemos subrayado que

[...] el fundamento principal por el que se habla de un debido proceso administrativo encuentra sustento en el hecho [de] que tanto la Administración como la Jurisdicción están indiscutiblemente vinculadas a la Carta Magna, de modo que si ésta resuelve sobre asuntos de interés del administrado, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional. (Cfr. STC 4889-2004-AA)

10. De lo anterior se infiere que el debido proceso en sede administrativa importa un conjunto de derechos y principios que forman parte de un contenido mínimo y que constituyen las garantías indispensables con las que cuenta el administrado frente a la Administración.

11. En consecuencia, siendo el Senati una persona jurídica de derecho público – conforme al artículo 1.º de la Ley del Servicio Nacional de Adiestramiento en Trabajo Industrial N.º 26272–, resulta pertinente apelar a los principios del derecho administrativo y, en particular, a principios que guían a los procesos administrativos sancionadores, en virtud del derecho constitucional al debido proceso.

Principios de la potestad sancionadora administrativa

12. Los principios que orientan la potestad sancionadora regulan las facultades de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a imponerse a los administrados.

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida –adicionalmente– por los principios de legalidad, tipicidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, causalidad, presunción de licitud, entre otros.

Principio de legalidad y principio de tipicidad

14. El principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está determinada por la ley. Como lo ha expresado este Tribunal (Caso de la Legislación Antiterrorista, Exp. N.º 010-2002-AI/TC), el principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

Como se ha señalado, "Dicho principio comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes; es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex praevia*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley o norma con rango de ley. (Cfr. STC de España 61/1990).

15. Sin embargo, no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el artículo 2.24d de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, define la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeto a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementado a través de los reglamentos respectivos.

<p style="text-align: center;">EXP. N° 00535-2009-PA/TC RODOLFO LUIS OROYA GALLO vs. USIL</p>

CASO

Con fecha 17 de septiembre de 2007, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Universidad San Ignacio de Loyola, solicitando que se inapliquen las Resoluciones N° 001-018/07-CD, del 10 de julio de 2007, N.º 002-018/07-CD, del 6 de agosto de 2007 y N° 005-18/2007-TH, del 23 de agosto de 2007, a través de las cuales se determina y se confirma su separación de dicha casa de estudios.

El demandante sostiene que ha sido separado de la Universidad por haber sido encontrado en el campus universitario con un cigarrillo de marihuana. Cabe destacar que en el proceso disciplinario seguido contra él, acepta la posesión del mismo. En

este sentido, sustenta su pretensión en que el Reglamento General de Estudios no ha señalado qué infracción debe considerarse como leve o grave, que no se ha considerado su rendimiento académico, el difícil momento personal que atravesaba en aquél entonces y que no se ha tomando en cuenta que se encontraba en el último ciclo de estudios. Por ende, solicita que se lo reincorpore en su calidad de estudiante a la carrera de Administración.

El Segundo Juzgado Mixto de La Molina y Cieneguilla, con fecha 18 de septiembre de 2007, declaró improcedente la demanda de manera liminar en virtud de lo establecido en el inciso 1) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional, por no haberse transgredido norma constitucional alguna.

La Universidad San Ignacio de Loyola se apersona al proceso manifestando que no se ha violado derecho alguno, pues la decisión adoptada no es arbitraria, sino que está suficientemente motivada, y porque además el actor tiene expedito su derecho de seguir estudiando en cualquier otra universidad del país. Asimismo, sostiene que el demandante ha ejercido sus derechos de defensa de pluralidad de instancia al haber presentado ante los distintos estamentos de la universidad los recursos de reconsideración y apelación.

La Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada sobre la base de lo dispuesto en el inciso 2) artículo 5º del Código Procesal Constitucional, sosteniendo que para dilucidar la presente controversia resulta necesaria una etapa probatoria de la que carece el proceso de amparo.

FUNDAMENTOS

§2. Autonomía universitaria, Reglamento General de Estudios y facultad sancionatoria

5. De acuerdo con lo establecido en el artículo 18º de la Constitución Política, el Estado peruano reconoce que “cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes”.

6. Para el Tribunal Constitucional la autonomía institucional de las universidades “(...) es el grado de autogobierno necesario para que sean eficaces las decisiones adoptadas por las instituciones de enseñanza superior con respecto a su labor académica, normas, gestión y actividades conexas. (...) El marco de autonomía universitaria, consagrado constitucionalmente y desarrollado por el legislador, es la consecuencia de la toma de las disposiciones institucionales de manera razonable, justa y equitativa, a través de procedimientos transparentes y participativos”³.

3 Tribunal Constitucional. Expediente N° 00091-2005-AA/TC. Sentencia del 18 de febrero de 2005. Fundamento 8.

7. La presente demanda nos lleva a analizar la facultad de la Universidad para establecer un régimen disciplinario en su Reglamento General de Estudios y los parámetros que se deben tener en cuenta al momento de aplicar estas disposiciones. Sobre esta base, el Tribunal Constitucional sostiene que la autonomía universitaria y las medidas administrativas que se desprendan de su ejercicio serán protegidas siempre que éstas no desnaturalicen ni desconozcan la Constitución Política o los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú⁴.

§3. La razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad en la sanción administrativa

11. Mediante las Resoluciones N.º 001-018/07-CD, N.º 002-018/07-CD y N.º 005-18/2007-TH, la Universidad San Ignacio de Loyola aplicó al alumno Rodolfo Luis Oroya Gallo la máxima sanción posible prevista en el Reglamento General de Estudios, consistente en separarlo de forma definitiva, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 60º, inciso a) y 66º del referido Reglamento.

El objetivo de la medida adoptada por la Universidad fue sancionar el consumo de drogas u otras sustancias tóxicas dentro del campus académico, estableciendo que esta medida no será tolerada bajo ninguna circunstancia. Si bien el demandante reconoció haber fumado el cigarrillo de marihuana, la Comisión Disciplinaria optó por aplicar rigurosamente el Reglamento para de esta forma evitar que otros alumnos incurran en la misma infracción.

Cabe destacar que al momento de los hechos, el demandante se encontraba cursando el último ciclo de estudios y le faltaba 11 semanas para terminar la carrera de Administración. Además, se acredita que entró a la Universidad bajo la modalidad de tercio superior, que había participado en actividades extracurriculares, su rendimiento académico era de media superior y no presentaba antecedentes de faltas administrativas.

12. En este sentido, el demandante sostiene que si bien el Reglamento de la Universidad San Ignacio de Loyola establece las conductas que se consideran como faltas, no hay una precisión con respecto a cuáles deben ser graves o leves, por lo que la valoración de la Comisión Disciplinaria y del Tribunal de Honor es arbitraria al carecer de un parámetro objetivo de evaluación y aplicación (fojas 35).

13. Al respecto, este Colegiado considera que el establecimiento de disposiciones sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta. El resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión razonable y proporcional.

14. En este sentido, se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad, el cual está estructurado por tres subprincipios: (i) el de idoneidad o de adecuación; (ii) el de

4 Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 0012-1996-I/TC. Sentencia del 24 de abril de 1997.

necesidad; y (iii) el de proporcionalidad en sentido estricto⁶. Esto supone que el Tribunal deberá evaluar todas las posibilidades fácticas (idoneidad y necesidad), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adopta⁷.

15. A su vez, el principio de razonabilidad conduce a una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad.

16. La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Como lo ha sostenido este Colegiado, esto “implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos”⁸.

17. Aunque no explícitamente, al reconocer en los artículos 3º y 43º de la Constitución, el Estado social y democrático de Derecho, se ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta. Este principio tiene un doble significado: (i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; (ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo⁹.

18. En este sentido, el análisis de la razonabilidad de una medida implica determinar si se ha hecho¹⁰:

La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no sólo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto.

La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no sólo una contemplación en “abstracto” de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues sólo así un “hecho” resultará menos o más

6 Entre otros, ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 00034-2004-AI/TC. Sentencia del 15 de febrero de 2005.

7 Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 3567-2005-AA/TC. Sentencia del 16 de noviembre de 2005.

8 Tribunal Constitucional. Expediente N° 0006-2003-AI/TC. Sentencia del 1 de diciembre de 2003. Fundamento 9.

9 Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 0090-2004-AA/TC. Sentencia del 5 de julio de 2004. Fundamento 12.

10 Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 2192-2004-AA/TC. Sentencia del 11 de octubre de 2004. Fundamento 20.

tolerable, confrontándolo con los “antecedentes del servidor”, como ordena la ley en este caso.

Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la mas idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso.

§4. La legalidad y taxatividad de las normas sancionatorias en el Reglamento General de Estudios

29. Este Tribunal Constitucional sostiene que la adecuada administración de justicia reside en el juicio y criterio de las personas encargadas de impartir esta función. Esto no podría ser de otra manera puesto que es en el análisis de la norma, junto con la valoración de los hechos y las circunstancias que condujeron a la comisión de la falta o delito, lo que determina la aplicación de una decisión justa, proporcional y equitativa.

30. Como este Tribunal ya ha establecido, el principio de legalidad está reconocido en el inciso d), numeral 24, del artículo 2º de la Constitución Política, y exige que una sanción, sea esta de índole penal o administrativa, cumpla con tres requisitos: (i) la existencia de una ley; (ii) que la ley sea anterior al hecho sancionado; y (iii) que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado¹².

31. Como lo ha establecido el Tribunal Constitucional español, el principio de legalidad contiene una garantía material, la cual “aparece derivada del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones”¹³.

32. Del principio de legalidad se desprende el principio de taxatividad o de tipicidad. Sin embargo, no se puede equiparar ambos principios como sinónimos pues el principio de legalidad “se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta”¹⁴.

33. En este sentido, el principio de taxatividad o de tipicidad representa “una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que

12 Tribunal Constitucional. Expediente N° 2050-2002-AA/TC. Sentencia del 16 de abril de 2002. Fundamento 8.

13 Tribunal Constitucional de España. STC 097/2009 del 27 de abril de 2009. Fundamento jurídico 3.

14 Tribunal Constitucional. Expediente N° 2050-2002-AA/TC. Sentencia del 16 de abril de 2002. Fundamento 5.

definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal¹⁵.

15 Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 2192-2004-AA/TC. Sentencia del 11 de octubre de 2004. Fundamento 5.

5. ÁMBITO PARLAMENTARIO

a. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA ANTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 358-98-AA/TC
MANUEL AGUIRRE ROCA

CASO

Don Manuel Aguirre Roca interpone demanda de Acción de Amparo contra el Congreso de la República para que se declare inaplicable la Resolución Legislativa N° 002-97-CR, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y siete, que dispuso su destitución en el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional, y en consecuencia se ordene su inmediata reposición en el cargo.

Don Manuel Aguirre Roca señala que el Tribunal Constitucional expidió sentencia en la Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 26657, pronunciándose sobre la inaplicación de esta Ley. El Colegio de Abogados de Lima, demandante en la Acción de Inconstitucionalidad, con fecha veinte de enero de mil novecientos noventa y siete, pidió aclaración de la sentencia, mediante escrito dirigido a los Magistrados Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo de Mur. Los tres Magistrados destituidos, indica el demandante, no decidieron sobre el procedimiento que debía darse a dicho pedido, sino que actuaron conforme lo dispuso la Presidencia del Tribunal Constitucional. Estos Magistrados resolvieron el pedido de aclaración expresando que: “*No habiendo nada que aclarar en el fallo, no ha lugar a lo que se pide*”; lo que fue notificado al Decano de Colegio de Abogados de Lima mediante Oficio N° 108-97-SR/TC, de fecha veintiuno de enero de mil novecientos noventa y siete.

Don Manuel Aguirre Roca señala que se han violado los siguientes derechos constitucionales:

1) **Debido proceso:** por cuanto el Congreso de la República ha vulnerado este derecho al desconocer los procedimientos legalmente establecidos para la tramitación de la denuncia, acusación y destitución del demandante. Así, la Comisión Investigadora tramitó ante la Comisión Permanente una denuncia constitucional sin la previa aprobación del Informe, realizado por la primera de las nombradas, por el Pleno del Congreso de la República. La Comisión Permanente, en igual actitud, designó a la Subcomisión Investigadora, vulnerando el debido proceso legal. La Comisión

Permanente acusó ante el Pleno y éste destituyó a los Magistrados por “infracción constitucional” no obstante que ni el Reglamento del Congreso de la República, ni la Ley de Responsabilidad de los funcionarios públicos han previsto procedimiento alguno para la denuncia, evaluación, acusación y sanción de infracciones constitucionales. La Constitución Política del Estado permite al Congreso de la República acusar por dos causales específicas, delitos cometidos en el ejercicio de función e infracciones constitucionales. El Reglamento del Congreso de la República sólo regula el procedimiento para la denuncia, evaluación y acusación, por delitos de función, y no por infracciones constitucionales. El Reglamento sólo ha previsto los delitos de función como causa de denuncia constitucional; en consecuencia, el antejuicio concluye con en el archivo o en una declaración de haber lugar a formación de causa, es decir, de un proceso penal que se tramita en la Corte Suprema.

2) **Derecho de defensa:** toda vez que no se permitió que el demandante presentara sus descargos de las acusaciones hechas en su contra y se restringió su derecho de acceder a la documentación necesaria para su defensa. Asimismo, se establecieron plazos “angustiosos y perentorios” para presentar los informes de descargo. Y, a pesar que las Comisiones y Subcomisiones estaban dentro del plazo establecido para continuar con su labor suspendieron sus funciones en forma apresurada.

3) **Derecho a la legalidad de la pena:** Ninguna ley ha previsto, tipificado o calificado las infracciones punibles, ni ha previsto el procedimiento para tramitar las denuncias, acusaciones o sanciones por infracciones constitucionales. En consecuencia se ha violado el artículo 2º inciso 24) literal d) de la Constitución Política del Estado.

4) **Derecho a una efectiva tutela jurisdiccional y no ser penado sin proceso judicial:** El Congreso no puede declarar “haber lugar a formación de causa” por infracciones constitucionales. El antejuicio no es un proceso judicial sino prejudicial, por lo cual éste debe concluir con una declaración de haber o no haber lugar a formación de causa. En consecuencia, el demandante fue penado sin proceso judicial.

5) **Derecho al goce de las prerrogativas inherentes a la función:** Los Magistrados del Tribunal Constitucional no están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación, no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones. El Congreso de la República ha violado este derecho al haber juzgado los votos y opiniones emitidos por los miembros del Tribunal Constitucional.

El Procurador Público, a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Legislativo y la Oficina del Presidente del Consejo de Ministros, señala que el “pedido de aclaración” formulado por el Colegio de Abogados, constituía un pedido de consulta personal a los Magistrados destituidos, por lo que debió desestimarse y no usarse para emitir una resolución como Resolución del Tribunal Constitucional, desconociendo que para emitirse una Resolución a nombre del Tribunal Constitucional tiene que emitirse con conocimiento del Pleno, o por lo menos con el quórum de seis miembros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por lo que se infringió el artículo 201º de la Constitución Política del Estado. Respecto de los derechos invocados tenemos que:

1. Derecho al Debido Proceso: el artículo 88° del Reglamento del Congreso faculta a que esa institución pueda iniciar investigaciones, por lo que, con fecha veintisiete de febrero de 1997, por acuerdo del Pleno del Congreso se constituyó una Comisión Investigadora, para investigar las irregularidades en el Tribunal Constitucional. Esta Comisión emitió su informe a la Comisión Permanente denunciando a los Magistrados Ricardo Nugent, Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano de Mur, por infracción al artículo 201° de la Constitución, conforme al artículo 88° del Reglamento del Congreso y a los artículos 99° y 100° de la Constitución Política del Estado. La Comisión Permanente acordó el nombramiento de una Subcomisión a fin que realice la investigación correspondiente. Esta Subcomisión también respetó el derecho de defensa y el debido proceso, habiendo prorrogado hasta en tres oportunidades el plazo otorgado para que puedan presentar sus descargos, sin que lo Magistrados cumplieran con hacerlo. El demandante incluso envió una carta con fecha 12 de mayo de 1997, a la Presidencia de la Subcomisión desconociéndola y negándole competencia al Congreso para investigarlo y sancionarlo, solicitando la nulidad de lo actuado.

1.1 Violación del procedimiento legalmente establecido: señala el demandante que la denuncia constitucional se ha tramitado sin previa aprobación del Informe respectivo por el Pleno del Congreso de la República, y no existe un procedimiento específico para la tramitación y sanción por infracción constitucional en el Reglamento del Congreso, ni en la Ley de responsabilidad de los funcionarios públicos. Al respecto, se debe señalar que se constituyó una Comisión Investigadora, conforme al artículo 97° de la Constitución Política del Estado, la cual dirigió el procedimiento conforme a los artículos 70°, 71° y 88° del Reglamento del Congreso de la República. En caso que la Comisión Investigadora hubiese determinado responsabilidad penal entonces el Reglamento del Congreso sí exige una aprobación del Pleno del Congreso para la existencia de un informe válidamente emitido.

2. Violación del derecho de defensa: La Comisión Investigadora citó a todos los miembros del Tribunal Constitucional, según se aprecia de las Actas de sesiones, por lo que no se puede alegar la violación de este derecho. Asimismo, la Subcomisión Investigadora le otorgó un plazo al demandante para la formulación de sus descargos, plazo que fue prorrogado de oficio y a petición de parte, habiéndose puesto a su disposición los cargos que conformaban la acusación constitucional en su contra. El que el demandante haya considerado que la referida Comisión carecía de competencia para tramitar la acusación constitucional no justifica el hecho de no haberse presentado ante ella.

3. Legalidad de la pena: El Congreso de la República impuso la sanción prevista en el artículo 100° de la Constitución Política del Estado, artículo que establece que es facultad del Poder Legislativo suspender, inhabilitar o destituir al funcionario acusado.

4. Violación del derecho a una efectiva protección jurisdiccional: El demandante alega que el Congreso de la República no puede imponer una sanción de destitución sin previa declaración de “haber lugar a formación de causa”. Al respecto, se debe precisar que esta declaración sólo se requiere para los casos en que se desarrolle un

antejuicio y que se haya advertido una presunta responsabilidad de índole penal, y en consecuencia, se deba derivar el proceso al órgano jurisdiccional. Para los casos en que se haya determinado responsabilidad por infracción de la Constitución, no resulta necesario que se produzca dicha etapa.

5. Violación del derecho al goce de prerrogativas inherentes a la función: Conforme al artículo 99° de la Constitución Política del Estado corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso a los miembros del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, el Poder Legislativo estaba facultado para admitir a trámite la acusación, debiendo considerar además que el artículo 100° señala que el Congreso puede suspender o no al funcionario acusado o inhabilitado para el ejercicio de la función pública, por lo que el Congreso de la República actuó de acuerdo a sus facultades.

A fojas 1642, el Procurador Especial Judicial del Congreso, se apersona al proceso y señala que la Resolución Legislativa N° 002-97-CR, fue expedida dentro del marco de las atribuciones constitucionales del Congreso de la República, y observando los procedimientos contemplados en la Constitución Política del Estado y en el Reglamento del Congreso de la República. El Pleno del Congreso designó una Comisión Investigadora para “esclarecer las denuncias relativas al Tribunal Constitucional”, por lo que no es cierto que esta Comisión no hubiese cumplido con la función que se le encomendó al desviar el objeto de sus investigaciones. La Comisión Investigadora elaboró un Informe que fue elevado a la Presidencia del Congreso para ser sometido posteriormente al Pleno. El Procurador Especial Judicial del Congreso, añade que la Constitución Política de 1993, regula el juicio político, por el cual el Congreso de la República puede imponer sanciones, independientemente de aquéllas que corresponda en el caso de que el hecho denunciado, además de infracción constitucional, constituya figura delictiva. El demandante fue destituido al ser encontrado responsable de una grave infracción constitucional, cual es la de haber expedido junto con los otros dos Magistrados destituidos una resolución que denegaba un pedido de aclaración. Es decir, en forma arbitraria y sin tener potestad para ello, calificaron como Resolución del Tribunal Constitucional, a su denegatoria de pedido de aclaración de una supuesta resolución expedida por los tres mismos magistrados. No ha existido violación de su derecho al debido proceso, porque como el demandante ha reconocido concurrió varias veces a hacer ejercicio de su derecho de defensa. Don Manuel Aguirre Roca formuló alegatos ante la “Comisión Hildebrandt”, ante la Comisión Permanente y ante el Pleno Legislativo. Solamente en el caso de la “Sub-Comisión Salgado” no hubo exposición oral, porque el interesado no hizo uso de su derecho.

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima, con fecha dieciocho de setiembre de mil novecientos noventa y siete, a fojas 2039, declara infundada la demanda, al considerar principalmente que la Comisión Permanente del Congreso de la República se encuentra facultada para acusar ante el Congreso a altos funcionarios, entre los cuales se considera a los Magistrados del Tribunal Constitucional, por infracción a la Constitución Política del Estado o por delitos. El Parlamento tiene capacidad de sanción, a través del juicio político.

Asimismo, el demandante ha ejercido su derecho de defensa, por lo que no se ha acreditado la violación de los derechos constitucionales invocados.

La Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha nueve de febrero de mil novecientos noventa y ocho, a fojas 3100, confirmó la apelada, al considerar que el artículo 97° de la Constitución Política del Estado faculta al Congreso de la República a iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público. Asimismo, la Constitución Política actual ha regulado el juicio político, por lo que el Congreso de la República puede imponer determinadas sanciones al funcionario que es sometido a juicio político, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 100° de la Constitución Política del Estado, y a diferencia del antejuicio, el primero no concluye necesariamente con la remisión de lo actuado al Fiscal de la Nación. En consecuencia, el Congreso de la República, al emitir la Resolución Legislativa N° 002-97-CR, por la que se destituyó al demandante, ha actuado dentro de la potestad conferida en la Constitución Política del Estado. Contra esta resolución el demandante interpone recurso extraordinario.

FUNDAMENTOS

1. Que en el artículo 97° de la Constitución Política del Estado se establece la facultad del Congreso de la República de iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público, es así que, el Pleno del Congreso de la República, designó una Comisión Investigadora con el objeto de **“esclarecer las denuncias relativas al Tribunal Constitucional”**.

2. Que las Comisiones Investigadoras, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35° inciso b) del Reglamento del Congreso, están *“encargadas del estudio, investigación y el dictamen de los asuntos puestos en su conocimiento en aplicación del artículo 97° de la Constitución Política”*. Y, en el artículo 88° del Reglamento precitado establece que *“las autoridades, los funcionarios, y servidores públicos y cualquier persona, están en la obligación de comparecer ante las Comisiones de Investigación y proporcionar a éstas las informaciones testimoniales y documentarias que requieran”*. En consecuencia el Congreso de la República, en uso de las facultades que le otorga la Constitución Política del Estado y conforme al Reglamento de esa Institución, inició las investigaciones correspondientes a *“esclarecer las denuncias relativas al Tribunal Constitucional”*.

3. Que si bien el inciso h) del artículo 88° del Reglamento del Congreso de la República determina que *“Presentado el informe de la Comisión de Investigación, el Pleno del Congreso lo debate y vota...”*; esto debe concordarse con lo dispuesto tanto en el inciso i) como en el inciso j) del precitado artículo que disponen, respectivamente, que *“Si el informe es aprobado, el Congreso lo envía al Fiscal de la Nación, acompañado de todos los actuados, a fin de que proceda a iniciar las acciones que correspondan, tratándose de personas no pasibles de acusación constitucional...”* y que *“Si del informe se derivan denuncias penales contra funcionarios que gozan del privilegio de antejuicio, se seguirá el procedimiento establecido para las acusaciones constitucionales establecido en los artículos 99° y 100° de la Constitución Política del Estado y las normas reglamentarias que regulan la materia”*. En consecuencia, sólo resultan susceptibles de debate y votación por parte

del Pleno del Congreso de la República, aquellos informes cuyos resultados incidan de modo particular en la determinación de imputaciones de contenido penal.

4. Que en el Reglamento del Congreso de la República no existe norma alguna que imponga de modo expreso y general que los informes emitidos por las Comisiones Investigadoras, que solo determinan responsabilidad constitucional y no penal, tengan que ser sometidos al Pleno del Congreso para su debate y votación como paso previo a la presentación de una denuncia constitucional, en consecuencia no se puede considerar requisitos no previstos en la ley, por tratarse de normas de Derecho Público.

5. Que la Constitución Política del Estado de 1993, a diferencia de las anteriores constituciones, ha consagrado la institución del llamado “Antejuicio Constitucional”, como un procedimiento destinado a determinar la procedencia de un juzgamiento penal de funcionarios de alto rango por ante el Poder Judicial, previa habilitación del Congreso de la República, y a su vez ha reconocido la existencia del “Juicio Político”, que supone la potestad de procesamiento y sanción de la que está investido el Congreso, en los casos de infracción de la Constitución por funcionarios de alto rango y en la que, en principio, no interviene en lo absoluto el Poder Judicial.

6. Que, en efecto, conforme al artículo 99° de la Constitución Política del Estado *“corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los Fiscales Supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas”*. Y, de acuerdo con el artículo 100° de la Constitución Política del Estado *“corresponde al Congreso sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad”*. Por último, en el tercer párrafo del mismo artículo establece que *“en caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia penal ante la Corte Suprema”*

7. Que al coexistir en nuestro Ordenamiento Jurídico el “Antejuicio Constitucional” y el “Juicio Político”, pueden presentarse en la práctica hasta tres supuestos en los que:

a) El Congreso de la República, no considere que hubo infracción a la Constitución Política del Estado, pero sí la comisión de delitos por parte de funcionarios de alto rango, y por consiguiente disponga ponerlos a disposición del Fiscal de la Nación con el objeto de que este último formule denuncia ante la Corte Suprema, quien a su vez resolverá sobre su juzgamiento y de ser el caso, sancionarlos.

b) El Congreso de la República, sin estimar que hubo conductas de tipo penal por parte de los altos funcionarios, quienes por tanto no se encuentran en condición de sometimiento a la vía penal, les imponga empero, sanciones de suspensión, inhabilitación o destitución, tras haber infringido la Constitución Política del Estado.

c) El Congreso de la República, además de sancionar a aquellos funcionarios de primer nivel, por infringir la Constitución, disponga concurrentemente y como consecuencia de haberse determinado su responsabilidad penal, que se les ponga a disposición del Fiscal de la Nación, a efectos de promover la denuncia correspondiente en la vía judicial penal.

10. Que, al respecto, el Tribunal Constitucional entiende que el ejercicio de la potestad de sanción, específicamente la de destitución de altos funcionarios, no puede ser abiertamente evaluada en sede jurisdiccional, pues constituye un acto privativo del Congreso de la República, equivalente a lo que en doctrina se denomina “political questions” o cuestiones políticas no justiciables, también es cierto, que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, uno de ellos y quizás el principal, el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad, pues no sería lógico ni menos justo, que la imposición de una medida de sanción, se adopte tras una situación de total incertidumbre o carencia de motivación. De allí que cuando existan casos en los que un acto de naturaleza política, como el que se cuestiona en la presente vía de amparo, denote una manifiesta transgresión de dicho principio y por extensión de otros como el del Estado Democrático de Derecho o el Debido Proceso Material, es un hecho inobjetable que este Colegio sí puede evaluar su coherencia a la luz de la Constitución Política del Estado.

EXP. N° 340-98-AA/TC
GUILLERMO REY TERRY

CASO

Don Guillermo Rey Terry y doña Delia Revoredo Marsano de Mur interponen Acción de Amparo contra el Congreso de la República sustentando su reclamo en la transgresión de sus derechos constitucionales al debido proceso legal y al acceso y ejercicio de la función pública.

Alegan que fueron destituidos de su cargo de Magistrados del Tribunal Constitucional, mediante las Resoluciones Legislativas N° 003-97-CR y N° 004-97-CR, publicadas con fecha veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y siete, tras un proceso absolutamente irregular y que ha sido consecuencia de la resolución de fecha veintiuno de enero de mil novecientos noventa y siete que suscribieron conjuntamente con su colega don Manuel Aguirre Roca respecto del recurso de aclaración deducido por el Colegio de Abogados de Lima con relación a la sentencia que emitieran los mismos magistrados con fecha tres de enero de mil novecientos noventa y siete.

Especifican que durante el trámite que concluyó con su destitución en el cargo, se transgredió de dos formas su derecho al Debido Proceso: 1). En primer término, se violó el procedimiento previsto para el trámite del dictamen de la comisión investigadora del Congreso de la República que dio lugar a su destitución, toda vez que conforme lo dispone el artículo 88° del Reglamento del Congreso, especialmente

sus incisos g), h), i), j), es sólo después del debate y aprobación del informe presentado por la Comisión de Investigación, que el Congreso procederá, en caso de existir presunción de la comisión de un delito, a formular la correspondiente acusación constitucional, caso contrario y si surgen nuevas pruebas o hechos puede optar por devolver el informe a la Comisión o nombrar otra. En el presente caso, sin embargo, la llamada Comisión Hildebrandt emitió un informe en mayoría que no fue objeto de discusión ni de votación en el Pleno del Congreso, motivo por el que no debió tramitarse la irregular acusación constitucional que, este contenía en contra de los demandantes; 2). En segundo término, se impuso a los recurrentes una sanción mediante un procedimiento no previsto para ello, dado que el artículo 89° del Reglamento del Congreso, que es la norma conforme a la cual se les procesó y sancionó, establece el procedimiento parlamentario de acusación constitucional conforme al cual se realiza el llamado antejuicio político, al que tiene derecho los altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99° de la Constitución Política y dicho antejuicio, única y exclusivamente, tiene por objeto el permitir que determinados funcionarios del Estado puedan ser juzgados por haber incurrido en conductas punibles ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria, motivo por el que no culmina, en una condena o absolución del funcionario implicado, sino en la decisión del Congreso en el sentido de si queda este, sujeto o no a un proceso penal y será en este último, donde se investigará y juzgará la conducta penal imputada. Por el contrario de no existir lugar a formación de causa el expediente se archivará. En el presente caso, sin embargo, los demandantes fueron procesados no a consecuencia de haber cometido algún delito, sino como consecuencia de haber sido denunciados por infracción a la Constitución. Es por ello que, recibida la denuncia por la Comisión Permanente, esta nombró una subcomisión encargada de informar sobre la denuncia, y ha sido en base al informe de dicha subcomisión, que la Comisión Permanente formuló acusación Constitucional por haber infringido los artículos 139° inciso 3 y 201° de la Constitución y finalmente el Congreso no ha declarado que había lugar a formación de causa, ni ha archivado el expediente, sino que ha asumido una tercera posición no prevista, ya que los ha destituido del cargo de Magistrados del Tribunal Constitucional aplicándoles una sanción que no podía ser materia de antejuicio constitucional.

Igualmente y por otra parte, puntualizan los demandantes que su derecho constitucional al acceso y ejercicio de la función pública fue transgredido ya que la destitución de la que han sido objeto es consecuencia de haber efectuado una aclaración de una resolución que sólo los demandantes y su colega Aguirre Roca, pronunciaron, es decir, se les ha sancionado por los votos y opiniones emitidos en el ejercicio de su función jurisdiccional en manifiesto desconocimiento de que los magistrados del Tribunal Constitucional gozan de la prerrogativa constitucional de la inviolabilidad e independencia en el ejercicio de sus funciones. Precisan los demandantes además, que a pesar que el Congreso estableció expresamente los límites de la competencia de la Comisión Investigadora (la Comisión Hildebrandt) encargada de esclarecer la denuncias relativas al Tribunal Constitucional a la cual prohibió interferir en las labores jurisdiccionales del Tribunal, la misma excedió dichos límites

e interfirió por pretender exigir responsabilidad a los magistrados por haber actuado en ejercicio de sus funciones.

Por todo lo expuesto, solicitan los demandantes, se declaren sin efecto legal alguno los actos de destitución de su cargo como Magistrados del Tribunal Constitucional, y se ordene su reincorporación a dicho organismo constitucional.

El Procurador Público del Estado a cargo de la defensa judicial del Poder Legislativo y de la Presidencia del Consejo de Ministros, don Jorge Hawie Soret, contesta la demanda negándola y contradiciéndola, fundamentalmente por estimar: Que no se ha violado el trámite del dictamen de la comisión investigadora del Congreso por cuanto los informes como los dictámenes de una comisión de este tipo son presentados de conformidad con el artículo 71° del Reglamento del Congreso de la República sin que pueda inferirse que deben ser sometidos al Pleno; y en todo caso la invocación del inciso h) del artículo 88° del citado Reglamento, debe ser concordada con los incisos i) y j), de cuyo contexto se deduce que se está normando la tramitación de informes que hayan concluido en una supuesta responsabilidad penal de los investigados, mas no en los casos en que se determine infracción constitucional; Que tampoco se ha violado el debido proceso por imponerse sanción mediante procedimiento no previsto ya que la sanción impuesta por el Pleno del Congreso se encuentra prevista en el artículo 100° de la Constitución Política; Que por último, tampoco se ha vulnerado el derecho constitucional al acceso y ejercicio de la función pública ya que la destitución impuesta a los ex Magistrados no se sustentó en el contenido de sus votos y opiniones sino en el procedimiento empleado para resolver el Recurso de Aclaración formulado por el Colegio de Abogados de Lima, el mismo que debió contar, con el quorum mínimo de ley.

El Apoderado Especial Judicial del Congreso para la defensa en las acciones de amparo, don Jorge Miguel Campana Ríos, también se apersona al proceso negando la demanda en todos sus extremos, principalmente por estimar: Que la llamada Comisión Hildebrandt no se constituyó como un grupo de trabajo limitado a estudiar las denuncias de la doctora Delia Revoredo Marsano, sino que estaba facultada para ocuparse de toda denuncia o asunto vinculado al Tribunal Constitucional, por lo que no transgredió los límites materiales de su competencia; Que la comisión, dentro de la amplitud que le ofrecía su denominación formuló denuncia contra los tres magistrados a quienes encontró responsables de infracción constitucional y lo hizo en procedimiento singular; Que la nueva Constitución introdujo el juicio político, en el cual el Congreso puede aplicar sanciones, independientemente de las que corresponda al Poder Judicial, conforme lo evidencia el artículo 100° de la Carta Constitucional vigente; Que en la estructura de nuestro juicio político, el Congreso de la República está facultado para suspender, destituir e inhabilitar a los altos funcionarios del Estado cuya relación figura en el artículo 99° de la Carta Fundamental; Que así como la labor parlamentaria está sometida a la Constitución y a la fiscalización judicial, también los Magistrados del Tribunal Constitucional están sometidos a la Constitución y la Ley, pues estos no pueden ser absolutamente irresponsables como lo pretenden los demandantes; Que los demandantes fueron procesados ante órgano competente, como es el Congreso de la República observándose los trámites fijados

por la Constitución y el Reglamento del Congreso; Que la expresión “formación de causa” que utiliza el inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso debe ser entendida para el caso en el que el Congreso, tras aplicar las sanciones para las cuales está facultado, considere que el asunto debe pasar a los tribunales ordinarios, para que allí se inicie la causa penal correspondiente; Que los demandantes fueron culpables de grave infracción constitucional y legal, al haber asumido ellos, juntamente con el ex magistrado Manuel Aguirre Roca, una función que, en ningún caso, puede corresponder a tres miembros del Tribunal Constitucional sino al Pleno en su totalidad; Que si fueron autorizados o no por el pleno para proceder de esa manera, resulta irrelevante, pues ni siquiera este último está en capacidad para autorizar la violación de la Constitución y la ley.

De fojas doscientos sesenta y tres a doscientos setenta y siete y con fecha dieciocho de setiembre de mil novecientos noventa y siete el Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público expide resolución declarando infundada la demanda, principalmente por considerar: Que conforme lo preceptuado en el artículo 102° inciso 2) de la Constitución Política del Estado, una de las atribuciones del Congreso es velar por el respeto de esta y de las leyes así como disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores; Que dentro de las funciones de fiscalización y control que como atribuciones del Parlamento, se disponen en nuestra Constitución; se le faculta, según el artículo 97°, el poder iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público, imponiéndose a su vez la obligación de todo ciudadano, sin distingo alguno, de comparecer ante las comisiones encargadas de tales investigaciones; Que el Congreso de la República designó una Comisión multipartidaria a efectos de que se esclarezca la denuncia formulada por la doctora Delia Revoredo de Mur, los presuntos actos de presión contra el Tribunal Constitucional y los graves hechos relacionados con la acción de inconstitucionalidad N° 02-96-I/TC del Colegio de Abogados de Lima contra la Ley N° 26657, consignándose textualmente que “ninguna de las investigaciones que realice la Comisión Investigadora deberá revisar las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en el ejercicio de su función de control de la constitucionalidad” expresándose además su más completo respeto a las decisiones jurisdiccionales del dicho organismo; Que la citada Comisión presidida por la Congresista Martha Hildebrandt Pérez Treviño, concluyó denunciando constitucionalmente a los magistrados Ricardo Nugent López Chavez, Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano de Mur por infracción del artículo 201° de la Constitución, debido a los hechos a que se refieren los numerales primero y segundo contenidos en el cuerpo de su informe, conforme a lo previsto en el artículo 88° del Reglamento del Congreso y en los artículos 99° y 100° de la Constitución, enviándose dicha denuncia a la Comisión Permanente del Congreso; Que para los efectos de informar sobre la denuncia constitucional presentada, se designó una Sub-Comisión presidida por la Congresista Luz Salgado Rubianes de Paredes, la que concluyó opinando que “existe mérito para proponer que la Comisión Permanente formule acusación constitucional ante el Pleno del Congreso contra los Magistrados Ricardo Nugent López Chavez, Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano de Mur, por haber infringido la Constitución, sin

perjuicio de lo expuesto, la Comisión Permanente podrá considerar las circunstancias atenuantes que puedan demostrar los magistrados denunciados, si deciden ejercer ante ella el derecho de defensa, para los efectos de proponer la sanción que les correspondería conforme al artículo 100° de la Constitución”; Que en nuestro texto Magno se ha legislado que corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso, a altos funcionarios estatales, entre los cuales se encuentran justamente los miembros del Tribunal Constitucional cuando incurran en infracción de la Constitución y además por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado éstas; Que el Congreso de la República sometió a los dos demandantes a un juicio político en acatamiento pleno de los cánones constitucionales anotados, juicio político que en doctrina “tiene por finalidad separar de sus cargos a funcionarios que la Ley Fundamental determina, por motivos de incapacidad, mala conducta o delitos, dejando libre la acción de la justicia para aplicar la penalidad y perseguir el cobro de la indemnización civil correspondiente”; Que a los demandantes oportunamente se les comunicó por el medio regular la tramitación de la investigación seguida en la Comisión y Sub-Comisión, siendo citados del modo legal exigido para que informaran, otorgándoles la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, informando incluso de modo verbal y escrito, designando defensor letrado a su elección; Que en consecuencia, no está acreditado que en el proceso seguido por el Congreso para la destitución de los demandantes como miembros del Tribunal Constitucional, se hayan producido la concurrencia de los presupuestos procesales que posibilitan la procedencia de la acción de garantía ni tampoco los elementos probatorios que acrediten que los demandantes fueron destituidos de su cargo de modo arbitrario, abusivo e inconstitucional, puesto que el Congreso de la República, al procesarlos, acusarlos y destituirlos por actos y omisiones en perjuicio de los intereses públicos y fundamentales o de su buen y correcto despacho como Magistrados del Tribunal Constitucional; Que si bien es cierto que por disposición constitucional, los actores poseían la misma inmunidad y prerrogativas que un Congresista, éstas tienen como fundamento el garantizar la libertad e independencia de la institución, no siendo conferidas como atributos personales, ni menos para ser convertidos en instrumentos de utilización, según criterios de oportunidad política, ya que dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico no se pueden permitir personas impunes al imperio de la Ley.

La co-demandante, Delia Revoredo Marsano de Mur, se desiste conforme a ley del recurso de apelación interpuesto.

Con fecha nueve de febrero de mil novecientos noventa y ocho, la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público, expide resolución dando por admitido el desistimiento y consentida la sentencia apelada en el caso de doña Delia Revoredo Marsano, dejando subsistente la apelación respecto de don Guillermo Rey Terry y confirmando a su vez la resolución apelada, fundamentalmente por considerar: Que el artículo 97° de la Carta Magna faculta al Congreso de la República a iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público y establece la obligatoriedad de comparecer por requerimiento ante las Comisiones encargadas de la investigación, bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial; Que en el ejercicio de esta facultad la Comisión Permanente nombró una Sub-Comisión a fin de

informar sobre la denuncia constitucional contra los Magistrados del Tribunal Constitucional, la misma que concluyó en que el Magistrado accionante y los Magistrados Manuel Aguirre Roca y Delia Revoredo Marsano han infringido la Constitución por atribuirse la representación del Tribunal, que es de siete miembros, al resolver sólo tres de ellos el recurso de aclaración presentado por el Colegio de Abogados de Lima, sin que se haya convocado y reunido el Tribunal con el quorum requerido para deliberar este pedido, y en consecuencia opinó porque existía mérito para proponer que la Comisión Permanente formule acusación constitucional; Que respecto del cuestionamiento a la sanción de destitución por parte del Congreso, se tiene que la Constitución de 1979 reguló únicamente el antejuicio como una etapa previa que permite reunir la información pertinente a fin de que posteriormente se formule con mayor credibilidad la correspondiente denuncia penal, sin embargo el juicio político ha sido regulado por la actual Constitución de 1993 constituyendo la atribución del Congreso en virtud de la cual puede juzgar las conductas de determinados funcionarios, pudiendo imponer sanciones, por lo que se colige que el Congreso no necesita del Poder Jurisdiccional para imponer una sanción, ya que el juicio político a diferencia del antejuicio, no concluye necesariamente con la remisión de todo lo actuado al Fiscal de la Nación, sino que el Congreso directamente, luego de haber efectuado las investigaciones pertinentes y de haber facilitado el derecho de defensa del funcionario investigado, puede imponerle una de las sanciones previstas en el artículo 100° de la Constitución; Que el procedimiento aplicable a los antejuicios se encuentra en el artículo 89° del Reglamento del Congreso, conforme se colige del artículo 88° inciso g), i), y j), ya que sólo cuando de las investigaciones que realiza el Congreso aparezca la presunción de la comisión de un delito, el Congreso envía dichos resultados al Fiscal de la Nación para que inicie las acciones correspondientes, igual procedimiento se observa en el segundo párrafo del artículo 100° de la Carta; Que el Congreso al emitir la Resolución Legislativa N° 003-97-CR que destituyó al actor, ha actuado con la potestad conferida en el Texto Constitucional y en ejercicio de sus competencias; Que el derecho de defensa es abstracto, no requiere de contenido, bastando con concederle al emplazado la oportunidad de apersonarse al proceso, contestar, probar, alegar impugnar a lo largo de su trámite, para que esté presente; Que tanto el accionante como sus colegas en todo momento desconocieron la competencia de la Sub-Comisión investigadora a pesar de haberseles solicitado sus descargos, por lo que no ha sido transgredido su derecho de defensa. Contra esta resolución el demandante interpone Recurso Extraordinario, siendo remitidos los autos al Tribunal Constitucional.

FUNDAMENTOS

2. Que por consiguiente y partiendo de la constatación respecto de las condiciones de procedibilidad de la presente acción, que en el presente caso han sido satisfechas, por tratarse de un cuestionamiento a decisiones particulares del máximo nivel adoptadas por el Congreso de la República, que por lo mismo, no pueden ser recurridas previamente, y estando a que la demanda ha sido planteada dentro del término legal, procede determinar la legitimidad o no del petitorio propuesto, debiendo empezarse

por señalar, que este último se sustenta en la existencia de tres transgresiones a los derechos del recurrente: a). Una violación al debido proceso en el trámite del dictamen acusatorio emitido por la Comisión Investigadora inicialmente designada por el Congreso; b). Una transgresión a su debido proceso al haberle impuesto el Congreso una sanción mediante un procedimiento no previsto para ello, y; c). Una vulneración de su derecho al libre ejercicio de la función pública señalada en la Constitución, al habersele destituido juntamente con otros dos Magistrados del Tribunal Constitucional, por los votos y opiniones emitidos a propósito del ejercicio de su función jurisdiccional.

3. Que en lo que respecta al primero de los extremos señalados, este Colegiado debe precisar, que si bien el inciso h) del artículo 88° del Reglamento del Congreso de la República determina que “Presentado el informe de la Comisión de Investigación, el Pleno del Congreso lo debate y vota...”, dicho dispositivo necesariamente debe concordarse con lo dispuesto tanto en el inciso i) como en el inciso j) del mismo citado precepto, cuyos textos disponen, respectivamente, que “Si el informe es aprobado, el Congreso lo envía al Fiscal de la Nación, acompañado de todos los actuados, a fin de que proceda a iniciar las acciones que correspondan, tratándose de personas no pasibles de acusación constitucional...” y que “Si del informe se derivan denuncias penales contra funcionarios que gozan del privilegio de antejuicio, se seguirá el procedimiento establecido para las acusaciones constitucionales establecido en los artículos 99° y 100° de la Constitución Política del Estado y las normas reglamentarias que regulan la materia”.

4. Que, en efecto, concordadas sistemáticamente dichas disposiciones, se tiene como conclusión elemental, que sólo resultan susceptibles de debate y votación por parte del Pleno del Congreso de la República, aquellos informes cuyos resultados incidan de modo particular en la determinación de imputaciones de contenido penal, pues tanto en el inciso i) (que se refiere a personas no pasibles de acusación constitucional) como en el inciso j) (que se refiere a personas pasibles de acusación por gozar del privilegio de antejuicio), la idea principal y exclusiva se orienta por el tratamiento procesal que el Congreso dispensa a las personas cuya responsabilidad, por ser de índole penal, habrá de dilucidarse necesariamente en la vía judicial, más no así por aquel tratamiento, que, por el contrario, debe darse para el caso de aquellas personas, que, sin ser responsables penalmente, si lo sean, empero, constitucionalmente.

5. Que por añadidura e independientemente a toda concordancia sistemática, debe señalarse que tampoco existe en el Reglamento del Congreso norma alguna que imponga de modo expreso y general que los informes emitidos por las Comisiones Investigadoras, que solo determinan responsabilidad constitucional y no penal, tengan que ser sometidos al Pleno del Congreso para su debate y votación como paso previo a la presentación de una denuncia constitucional, por lo que no siendo admisible considerar requisitos no previstos en la ley, por tratarse de normas de Derecho Público, este primer extremo del petitorio formulado por el demandante, resulta desestimable por infundado.

6. Que en segundo lugar, y en lo que respecta al procedimiento utilizado por el Congreso de la República para aplicar la sanción de destitución al demandante, este

Colegiado entiende como premisa general, que nuestra Constitución Política vigente, a diferencia de anteriores Constituciones, no ha consagrado única y exclusivamente la institución del llamado “Antejudio Constitucional”, como un procedimiento destinado a determinar la procedencia de un juzgamiento penal de funcionarios de alto rango por ante el Poder Judicial, previa habilitación del Congreso de la República, sino que a su vez ha reconocido la existencia de un auténtico “Juicio Político”, que supone la potestad de procesamiento y sanción de la que privativamente está investido el Congreso, en los casos específicos de infracción de la Constitución por funcionarios de alto rango y en la que, en principio, no interviene en lo absoluto el Poder Judicial.

7. Que en efecto, mientras que conforme al artículo 99° de nuestra Norma Fundamental “Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: Al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema de la República; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado éstas”, conforme al artículo 100° de la misma Carta Magna “Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad. El acusado tiene derecho, en este trámite, a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso. En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente. La sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos. Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso”.

8. Que, por consiguiente y si coexisten en nuestro ordenamiento ambos institutos, “Antejudio Constitucional” y “Juicio Político”, pueden presentarse en la práctica hasta tres variables: a). Puede haber casos en los que el Congreso de la República, sin estimar que hubo infracción a la Constitución empero si la comisión de delitos por parte de funcionarios de alto rango, disponga ponerlos a disposición del Fiscal de la Nación con el objeto de que éste último formule denuncia ante la Corte Suprema, quien a su vez resolverá sobre su juzgamiento o, en su caso, sanción, b). Puede haber casos en los que el Congreso, sin estimar que hubo conductas de tipo penal por parte de los altos funcionarios, quienes por tanto no se encuentran en condición de sometimiento a la vía penal, les imponga empero, sanciones de suspensión, inhabilitación o destitución, tras haber infringido la Norma Fundamental, y c). Puede haber casos en los que el Congreso de la República, además de sancionar aquellos funcionarios de primer nivel, por infringir la Constitución, disponga concurrentemente y como consecuencia de haberse determinado su responsabilidad penal, se les ponga a disposición del Fiscal de la Nación a efectos de promover la denuncia correspondiente en la vía judicial penal.

9. Que, de las tres hipótesis graficadas, el caso del demandante encaja perfectamente, dentro de la segunda opción, por lo que siendo legítima ésta en términos constitucionales, la alegación de actos de vulneración al debido proceso, a consecuencia de haberse impuesto sanción sin que exista procedimiento previsto para ello, resulta, igualmente, desestimable, ya que el Congreso sí se encontraba en la potestad de destituir al demandante, dentro de las consideraciones de infracción a la Constitución previstas expresamente en el anteriormente glosado dispositivo constitucional.

11. Que a este respecto y si bien este Supremo Intérprete de la Constitución, entiende que el ejercicio de la potestad de sanción, específicamente la de destitución de altos funcionarios, no puede ser abiertamente evaluada en sede jurisdiccional, pues constituye un acto privativo del Congreso de la República, equivalente a lo que en doctrina se denomina como “political questions” o cuestiones políticas no justiciables, también es cierto, que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, uno de ellos y quizás el principal, el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad, pues no sería lógico ni menos justo, que la imposición de una medida de sanción, se adopte tras una situación de total incertidumbre o carencia de motivación. De allí que cuando existan casos en los que un acto de naturaleza política, como el que se cuestiona en la presente vía de amparo, denote una manifiesta transgresión de dicho principio y por extensión de otros como el del Estado Democrático de Derecho o el Debido Proceso Material, es un hecho inobjetable que este Colegiado si puede evaluar su coherencia a la luz de la Norma Constitucional.

EXP. N° 1005-96-AA/TC
HUGO ALFREDO GARCÍA SALVATTECCI

CASO

Don Hugo Alfredo García Salvattecci interpone Acción de Amparo contra los congresistas don Jorge Figueroa, don Miguel Quicaña y doña Anel Townsend Diez, miembros de la Subcomisión Investigadora de Enriquecimiento Ilícito de la Comisión de Fiscalización del Congreso de la República, y contra dicha Subcomisión y Comisión de Fiscalización, por violación de sus derechos constitucionales al debido proceso y a la cosa juzgada.

Alega el demandante que el día veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y seis, tomó conocimiento de que los demandados se entrevistarían con una serie de personas con el objeto de investigar asuntos relacionados con un supuesto enriquecimiento ilícito que se habría producido en su gestión como Presidente del Banco Industrial, sobre la empresa denominada Prelinsa, sobre su gestión como Superintendente de Banca y Seguros y su presunta vinculación con el caso CLAE.

Sostiene que el Congreso no puede investigarlo nuevamente por enriquecimiento ilícito, pues ya fue investigado y exculpado por una comisión investigadora del

Congreso así como por una ejecutoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Refiere que, en efecto, mediante el Informe Final de la Comisión Investigadora del Congreso, de fecha seis de enero de mil novecientos noventa y cuatro, se le exculpó del delito de enriquecimiento ilícito. No obstante ello, con fecha posterior, dicho documento fue adulterado, por lo que presentó una acusación constitucional, la misma que fue rechazada mediante Informe N.º 27-94, de fecha seis de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Alude que la Comisión Permanente Calificadora de Acusaciones Constitucionales es el único organismo competente dentro del Congreso que puede iniciar una investigación contra las personas que tienen derecho al antejuicio, por lo que sus resoluciones tienen el valor de fallo definitivo e inapelable. Asimismo, recuerda que se le pretende investigar sobre hechos que ya han prescrito, y, en lo que respecta al caso Prelinsa, inclusive se han realizado ya investigaciones judiciales, que han supuesto la expedición de sentencias absolutorias.

El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Consejo de Ministros y del Poder Legislativo, al contestar la demanda solicita se la declare improcedente, ya que: a) No se ha acreditado el derecho constitucional vulnerado; b) La creación de la Subcomisión Investigadora de Enriquecimiento Ilícito ha sido efectuada de conformidad con el Reglamento del Congreso de la República; c) Los parlamentarios, al emitir opiniones, no están sujetos a mandato imperativo ni responden ante autoridad u órgano jurisdiccional alguno; d) No han transcurrido cinco años desde que el demandante dejó el ejercicio de la gestión pública; y e) No existe acusación formal de la subcomisión investigadora del Congreso.

El Vigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y seis, expidió resolución declarando improcedente la demanda, por considerar, principalmente, que la subcomisión de investigación del Congreso ha sido creada conforme al Pleno del Congreso de la República y al Reglamento del Congreso de la República.

La Sala Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y seis, expidió resolución revocando la apelada, y reformándola, declaró infundada la demanda. Contra esta resolución, el demandante interpone Recurso de Nulidad, que debe entenderse como Extraordinario.

FUNDAMENTOS

3. Que, en consecuencia, este Tribunal debe considerar, prima facie, que mediante el proceso de amparo no puede impedirse el ejercicio de las atribuciones propias e inherentes que la Constitución establece a sus órganos constitucionales, entre los cuales se encuentran las labores de fiscalización e investigación del Congreso de la República, y menos aún que la declaración periodística de unos miembros del

Congreso de la República pueda constituir una amenaza cierta e inminente de violación de los derechos constitucionales alegados por el demandante.

4. Que, en efecto, al momento de interponerse la demanda, la eventual amenaza de violación de los derechos constitucionales alegados no tenía la condición de ser cierta y de inminente realización (requisitos ambos exigidos por el artículo 4° de la Ley N.° 25398), ya que, como es sabido, en un órgano colegiado —como sucede con el Congreso de la República, y aún con una de sus comisiones de investigación—, no es la decisión o intención de algunos de sus miembros lo que determina la conducta del Congreso o de algunas de sus comisiones, sino lo que, tras la deliberación y decisión en su seno, resulte como voluntad del órgano.

EXP. N° 0006-2003-AI/TC
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 89°
DEL REGLAMENTO DEL CONGRESO

CASO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por 65 Congresistas de la República
Acción de inconstitucionalidad interpuesta por 65 Congresistas de la República
contra el inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República.

solicitan que se declare la inconstitucionalidad del inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República, alegando que el mismo supone un desconocimiento de la institución de la inmunidad parlamentaria y que vulnera los artículos 93°, 99° y 100° de la Constitución, dado que establece que basta una mayoría simple de los presentes en un pleno del Congreso para aprobar una acusación constitucional contra uno de sus miembros, despojarlo de su inmunidad para ser sometido a un proceso judicial e, incluso, suspenderlo en sus funciones, inhabilitarlo o destituirlo; agregando que el actual texto de la disposición impugnada ha dado lugar a que se sostenga que no es necesaria la mayoría calificada exigida por el artículo 16° del propio Reglamento congresal para el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, toda vez que la acusación constitucional permitiría dar lugar a un procedimiento distinto del establecido en este artículo, por lo que consideran que el artículo 16° y el inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso deben ser analizados en conjunto.

Asimismo, solicitan que se declare la nulidad de la Resolución N° 018-98-99-CR, de fecha 2 de julio de 1999, que declaró ha lugar a la formación de causa contra el ex congresista Manuel Lajo Lazo, aduciendo que tal disposición también vulneró los artículos 93°, 99° y 100° de la Carta Fundamental, puesto que fue aprobada con 41 votos en una sesión en la que estuvieron presentes 84 congresistas hábiles, a pesar de que para alcanzar una mayoría calificada se requerían 48 votos, si se restan los miembros de la Comisión Permanente.

El apoderado del Congreso de la República manifiesta que los demandantes confunden las instituciones de la inmunidad parlamentaria y de la acusación constitucional, las cuales, por su naturaleza, tienen origen y características distintas; que la inmunidad parlamentaria es una prerrogativa que protege a los parlamentarios contra detenciones y procesos judiciales por delitos comunes que puedan tener como consecuencia la privación de su libertad personal, evitando así que, por manipulaciones políticas, se les impida desempeñarse en el ejercicio de sus funciones; y que, en consecuencia, el contenido de la inmunidad parlamentaria es acorde con lo establecido en el artículo 93°, in fine, de la Constitución, regulado por el artículo 16° del Reglamento del Congreso. Por otra parte, sostiene que el procedimiento de acusación constitucional previsto en el artículo 99° de la Carta Magna, por la supuesta comisión de un delito en el ejercicio de las funciones o de una infracción constitucional, está destinado a procesar una denuncia constitucional ante el Parlamento contra un congresista o cualquier autoridad, la que culmina con la autorización o no por parte del Congreso del procesamiento penal de determinadas altas autoridades o ex autoridades estatales inculpadas, pero, a su vez, posibilita la aplicación de sanciones políticas, entre ellas, la suspensión en la función pública la inhabilitación para el ejercicio de la función pública hasta por 10 años y la destitución de la función; añadiendo que, dado que la Constitución no establece el número necesario de votos para aprobar una acusación constitucional, el Congreso de la República goza de discrecionalidad para establecer la votación necesaria, y que es incorrecto que se pretenda concordar el artículo 16° del Reglamento del Congreso con el artículo 89° de la misma norma, pues ambos regulan situaciones de hecho con características y consecuencias diferentes.

Finalmente, alega que el proceso de inconstitucionalidad no es el idóneo para cuestionar la validez de la Resolución N° 018-98-99-CR, que declaró ha lugar a la formación de causa contra el ex congresista Manuel Lajo Lazo, pues en dicho proceso sólo procede impugnar normas con rango de ley.

FUNDAMENTOS

§1. El antejuicio político

3. Del privilegio del antejuicio político son beneficiarios el Presidente de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los Vocales de la Corte Suprema, los Fiscales Supremos, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República (artículo 99° de la Constitución).

En virtud de dicho privilegio, los referidos funcionarios públicos tienen el derecho de no ser procesados penalmente por la jurisdicción ordinaria, si no han sido sometidos previamente a un procedimiento político jurisdiccional, debidamente regulado, ante el Congreso de la República, en el cual el cuerpo legislativo debe haber determinado la verosimilitud de los hechos que son materia de acusación, así como su subsunción en un(os) tipo(s) penal(es) de orden funcional, previa e inequívocamente establecido(s) en la ley.

En ese sentido, en el antejuicio sólo caben formularse acusaciones por las supuestas responsabilidades jurídico-penales (y no políticas) de los funcionarios estatales citados en el artículo 99° de la Constitución, ante los supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Una vez que el Parlamento ha sometido a investigación la denuncia (que puede provenir de su propio seno) y ha determinado la existencia de suficientes elementos de juicio que, desde su perspectiva, configuran la comisión de un delito en el ejercicio de las funciones, actúa como entidad acusadora, dejando sin efecto la prerrogativa funcional del dignatario, suspendiéndolo en el ejercicio de sus funciones, y poniéndolo a disposición de la jurisdicción penal.

De esta forma, en los casos de antejuicio, las funciones del Congreso pueden ser, en cierta medida, asimiladas a las del Ministerio Público (porque acusa), e incluso a las del juez instructor (porque previamente investiga), pero nunca a las del juez decisor (porque nunca sanciona). Y es que la facultad de aplicar sanciones sobre la base de argumentos jurídico-penales, es exclusiva del Poder Judicial.

En síntesis, el antejuicio es una prerrogativa funcional de la que gozan determinados funcionarios, con el propósito de que no puedan ser procesados ante la judicatura penal por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin que medie un procedimiento con las debidas garantías procesales ante el Congreso de la República y la consecuente acusación del propio Legislativo.

4. El procedimiento de acusación constitucional contra los funcionarios enumerados en el artículo 99° de la Constitución, por los supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (antejuicio), se encuentra regulado en el artículo 89° del Reglamento del Congreso. Queda ello meridianamente claro, cuando dicho artículo, ab initio, establece que “[...] mediante el procedimiento de acusación constitucional se realiza el antejuicio político, al que tienen derecho los altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99° de la Constitución Política. [...]” (el subrayado es nuestro).

La prerrogativa funcional de antejuicio político y la inmunidad parlamentaria

5. Los Congresistas gozan también de la inmunidad parlamentaria prevista en el último párrafo del artículo 93° de la Constitución y cuyo procedimiento de levantamiento se encuentra regulado en el artículo 16° del Reglamento del Congreso. Se trata de una garantía procesal penal de carácter político de la que son titulares los cuerpos legislativos de un Estado a favor de sus miembros, de forma tal que estos no puedan ser detenidos ni procesados penalmente, sin la aprobación previa del Parlamento. Su objeto es prevenir aquellas detenciones o procesos penales que, sobre bases estrictamente políticas, pretendan perturbar el debido funcionamiento del Congreso o alterar su conformación.

Una vez determinada la ausencia de toda motivación política en la acusación, el Congreso tiene el deber de levantar la inmunidad al imputado.

Debe precisarse que el constituyente ha extendido la garantía de la inmunidad parlamentaria al Defensor del Pueblo (artículo 161°) y a los miembros del Tribunal Constitucional (artículo 201°).

6. Así, entre la prerrogativa funcional del antejuicio político y la inmunidad parlamentaria pueden establecerse distancias de orden formal y material. Las primeras señalan que, mientras todos los funcionarios que gozan de inmunidad (artículo 93°, 161° y 201° de la Constitución), tienen, a su vez, la prerrogativa de antejuicio (artículo 99°), no todos los que son titulares de ésta, lo son de la inmunidad. Por otra parte, mientras la inmunidad parlamentaria tiene vigencia desde que se es elegido en el cargo hasta un mes después de haber cesado (artículo 93°), la prerrogativa funcional de antejuicio permanece vigente hasta 5 años después de haber cesado en el cargo (artículo 99°).

Desde el punto de vista material, a diferencia de lo que ocurre con el privilegio del antejuicio político, en el procedimiento para el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, el Congreso no asume un rol acusatorio, sino estrictamente verificador de la ausencia de contenido político en la acusación. En estos casos, el Parlamento no pretende acreditar la responsabilidad penal del recurrente, sino, tan sólo, descartar los móviles políticos que pudieran encontrarse encubiertos en una denuncia de “mera apariencia penal”.

De otra parte, un análisis lógico permite deducir que la garantía de la inmunidad parlamentaria opera sólo respecto de delitos comunes, puesto que en el caso de los delitos funcionales, sin importar de quién haya provenido la denuncia, y aun cuando haya sido tramitada, en un inicio, con arreglo al segundo y tercer párrafo del artículo 16° del Reglamento, el Congreso deberá iniciar la investigación correspondiente conforme al artículo 89° del Reglamento, con el propósito de determinar si hay o no lugar a la formación de la causa, y, consecuentemente, si corresponde o no levantar la prerrogativa del congresista, concebida a estos efectos, ya no como la inmunidad a que hace alusión el artículo 93° de la Constitución, sino según el contexto del privilegio de antejuicio al que alude el artículo 99° constitucional. De igual manera, si el Congreso advirtiera que la materia sobre la que versa la denuncia sólo puede ser subsumida en la configuración de un delito común, aun cuando en un inicio el procedimiento haya sido tramitado como si se tratase de una acusación constitucional, debe limitarse a levantar la prerrogativa funcional sin formular acusación alguna, pues los casos de delitos comunes no se encuentran contemplados en el artículo 99° de la Constitución.

7. Sin embargo, independientemente de las distancias existentes en la configuración propia de cada institución, en lo que atañe al privilegio funcional de los altos dignatarios del Estado, tanto el procedimiento regulado en el artículo 16° del Reglamento del Congreso (levantamiento de la inmunidad parlamentaria) como el regulado en el artículo 89° de la misma norma (antejuicio político), tienen un objeto sustancialmente análogo; a saber, la proscripción de ser procesados penalmente sin haber sido previamente despojados de la prerrogativa funcional en un procedimiento seguido en el seno del Legislativo.

No obstante esto, mientras que para el levantamiento de la inmunidad parlamentaria se exige expresamente la votación conforme de la mitad más uno del número legal de congresistas (último párrafo del artículo 16° del Reglamento), en el inciso j) del artículo 89° no se hace mención expresa de cuál es el número de votos necesarios para

el levantamiento de la prerrogativa funcional que supone el derecho a un antejuicio político.

En efecto, el mencionado inciso se limita a establecer: “Luego de la sustentación del informe y la formulación de la acusación constitucional por la Subcomisión Acusadora y el debate, el Pleno del Congreso vota, pronunciándose en el sentido de si hay o no lugar a la formación de causa a consecuencia de la acusación. En el primer caso, queda el acusado en suspenso en el ejercicio de sus funciones y sujeto a juicio según ley, sin perjuicio de lo señalado en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución Política. En el segundo caso, el expediente se archiva [...]”.

8. Sobre el particular, el demandado sostiene “que el Congreso de la República goza de la discrecionalidad para establecer la votación, que es una de las reglas de un procedimiento de carácter político como la acusación constitucional, a través de su propio Reglamento, debido a que la Constitución no establece nada al respecto.” (sic).

El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. Los “silencios” constitucionales no pueden ser interpretados como tácitas concesiones al legislador, a efectos de que expida regulaciones desvinculadas de la Norma Fundamental. Allí donde las “normas regla” previstas en la Constitución omiten precisiones, la ley o, en su caso, el Reglamento parlamentario están obligados a estipularlas, pero siempre en vinculación directa a las “normas principio” contenidas en la propia Norma Fundamental.

Este criterio, aplicado al caso que nos ocupa, equivale a decir que el hecho de que el artículo 99° de la Constitución no precise cuál es el número mínimo de votos congresales necesarios para acusar constitucionalmente a los funcionarios públicos enumerados en la disposición, no implica que la regulación legal de la institución de la acusación constitucional pueda expedirse al margen del principio de razonabilidad, expresamente previsto en el artículo 200° de la Constitución y proyectado hacia todo el ordenamiento jurídico.

9. El principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos o, para fines del caso, despojar de las prerrogativas que actúan como garantías funcionales para determinados funcionarios públicos.

10. En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que el inciso j) del artículo 89°, vulnera el principio de razonabilidad, puesto que, a diferencia del procedimiento aplicable al levantamiento de la inmunidad parlamentaria, regulado en el artículo 16° del Reglamento del Congreso, no establece el requisito de la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso para levantar la prerrogativa funcional a que da lugar el antejuicio político, no obstante que, en lo que atañe al levantamiento del privilegio de los funcionarios estatales, tiene un objeto sustancialmente análogo.

11. De lo expresado se deduce que la omisión en la que incurre el inciso j) del artículo 89° del Reglamento parlamentario (haber dejado de prever el requisito de la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso para levantar la prerrogativa funcional que supone el derecho a un antejuicio político) resulta atentatoria del

principio de razonabilidad y, en tal medida, inconstitucional. Siendo así, este Colegiado estima que la disposición puede adecuarse al parámetro de control constitucional, a través de una sentencia interpretativa “integrativa”.

En efecto, si bien la norma omitida no es posible extraerla de los sentidos interpretativos de la propia disposición impugnada, si es posible encontrarla en otra disposición del Reglamento que regula una materia sustancialmente análoga. Se trata, desde luego, del artículo 16°. En estricto, nos encontramos propiamente “ante una “laguna técnica”, colmable, como todas, a través de una concreción jurisprudencial de los “conceptos indeterminados”, [...] concreción que se realizará a través de una [...] “sentencia integrativa”. (Martín de la Vega, Augusto. La sentencia constitucional en Italia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 244).

12. Este Tribunal recurre, pues, a una sentencia integrativa del ordenamiento, también denominada sentencia “rima obligata” (de rima obligada) (Crisafulli, V. La sentenze “interpretative” della Corte costituzionale. En: Riv. trim. dir e proc civ., 1967), y, en ese sentido, considera que debe interpretarse que el número mínimo de votos necesarios para aprobar una acusación constitucional por la presunta comisión de delitos cometidos en el ejercicio de las funciones contra los funcionarios enumerados en el artículo 99° de la Constitución, es aquél al que se refiere el último párrafo del artículo 16° del Reglamento del Congreso, es decir, la mitad más uno de su número legal de miembros. Tal es la interpretación que debe darse al inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso, a fin de evitar aplicaciones irrazonables. Aunque en estos casos, considerando que el Congreso declara ha lugar a la formación de causa, sin participación de la Comisión Permanente, la votación favorable deberá ser la mitad más uno del Congreso, sin participación de la referida Comisión.

Antejuicio al Presidente de la República

13. Tal como lo establece el artículo 117° de la Constitución, el Presidente de la República sólo puede ser acusado por el delito de traición a la patria; impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134° de la Constitución, o impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral. Para que proceda la acusación constitucional por la supuesta comisión de dichos delitos, como se ha manifestado, se requerirá la votación favorable de la mitad más uno del número miembros del Congreso, sin participación de la Comisión Permanente.

Potestad del Congreso para aplicar sanciones por los delitos declarados como tales por el Poder Judicial

14. Por otra parte, no puede soslayarse la frase “sin perjuicio de lo señalado en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución Política”, contenida en el inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso (ver fundamento 7, in fine, supra). Y es que el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución faculta al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, para imponer al funcionario público las sanciones de suspensión, destitución y/o inhabilitación hasta por 10 años para ejercer cualquier función pública.

15. Sobre el particular, surge la siguiente interrogante: ¿Acaso el Congreso puede imponer sanciones por delitos que no han sido declarados por el Poder Judicial? Sin duda, la respuesta es negativa, porque si así fuera se quebraría no solo el principio de separación de poderes sobre el que se sustenta todo Estado democrático de derecho (artículo 43° de la Constitución), sino también el principio de presunción de inocencia (párrafo e, inciso 24), de su artículo 2°). Es por ello que la referida frase del inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso, debe ser interpretada como aquella potestad sancionadora de la que es titular el Congreso, para imponer las sanciones previstas en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución, por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por los funcionarios enumerados en el artículo 99° de la Constitución, siempre que dichos delitos hayan sido previamente declarados como tales en una sentencia firme expedida por el Poder Judicial, quedando proscrita toda interpretación contraria.

16. Así pues, a los casos de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, le son aplicables tanto una sanción penal por parte del Poder Judicial –la que, incluso, según lo establecido en el inciso 3) del artículo 31° del Código Penal, concordante con el artículo 36° del mismo cuerpo de leyes, puede comprender la inhabilitación– como una sanción política (las previstas en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución), toda vez que existe un fundamento distinto en sus respectivas imposiciones; a saber, en el primer caso, la protección del bien jurídico de que se trate, y, en el segundo, la protección del Estado mismo. Quede claro, sin embargo, que en estos supuestos, la condena penal impuesta por el Poder Judicial constituye condición sine qua non de la sanción política impuesta por el Poder Legislativo y, por este mismo motivo, sería irrazonable exigir en estos casos una votación calificada, bastando una mayoría simple para aplicar las sanciones previstas en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución.

El antejuicio político no puede dar lugar a la afectación de la independencia y autonomía del Poder Judicial y del Ministerio Público

17. Por otra parte, este Tribunal considera que no existen criterios razonables que permitan concluir que la prerrogativa del antejuicio deba dar lugar a algún grado de interferencia con la independencia y autonomía de los poderes públicos encargados, por antonomasia, de la persecución e investigación del delito. Por ello, este Colegiado observa con preocupación lo expuesto en el tercer y quinto párrafo del artículo 100° de la Constitución. El primer párrafo establece: “En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente”. Por su parte, el tercero prevé: “Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso”.

El Tribunal Constitucional considera que las referidas disposiciones son contrarias al aludido principio fundamental sobre los que se sustenta el Estado democrático de derecho: la separación de poderes. Si bien dicho principio no puede negar la mutua colaboración y fiscalización entre los poderes públicos, impone la ausencia de toda injerencia en las funciones esenciales y especializadas que competen a cada una de las

instituciones que diagraman la organización del Estado. En tal sentido, en modo alguno puede restringirse la autonomía que corresponde al Ministerio Público en el desenvolvimiento de las funciones que la Constitución le ha conferido en su artículo 159°; menos aún puede aceptarse la limitación de los principios de unidad, exclusividad e independencia de la función jurisdiccional (incisos 1 y 2 del artículo 139°), la que, desde luego, alcanza también al juez instructor encargado de evaluar la suficiencia de elementos de juicio que justifiquen la apertura de instrucción y de conducir la etapa investigativa del proceso.

Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a realizar la reforma constitucional correspondiente.

2. El juicio político

Juicio político por infracción constitucional

18. Por otra parte, el Tribunal Constitucional considera que la función congresal sancionadora, prevista en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución, no sólo puede ser ejercida en aquellos casos en los que exista una sentencia condenatoria emanada del Poder Judicial, por los delitos funcionales en que incurran los funcionarios previstos en su artículo 99°, sino también en los casos en que se configuren responsabilidades eminentemente políticas, aun cuando no exista la comisión de un delito de por medio. Y es que si bien la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial (aquella que puede sancionar sobre la base de la “razón jurídica”), la función político-punitiva (aquella que puede sancionar sobre la base de la “razón política”) no lo es. Y no podría serlo, pues justamente el principio de separación de poderes es el que garantiza la ausencia de toda valoración política en las decisiones del Poder Judicial.

19. Lo expuesto permite afirmar que en la Carta Fundamental no solamente se encuentra consagrado el antejuicio, sino también el juicio político, esto es, aquel que permite iniciar un procedimiento a los funcionarios enumerados en su artículo 99°, en razón de las “faltas políticas” cometidas en el ejercicio de sus funciones, con la finalidad de “retirar el poder de quien hace mal uso de él e impedir que [...] pueda ser reinvestido de poder en el futuro.” (Broussard, Paulo. *O impeachment*. Editora Saraiva. 2da. Ed, 1992. p. 77). Al respecto, Bidart Campos refiere que “se lo denomina juicio “político” [...] porque no es un juicio penal; en él no se persigue castigar sino separar del cargo; no juzgar un hecho como delictuoso, sino una situación de gobierno como inconveniente para el Estado”. (Manual de Derecho constitucional argentino. Ediar., 1986. p. 612).

20. Esa es la manera como se debe interpretar la previsión constitucional según la cual está permitido acusar a los referidos funcionarios públicos por “infracción de la Constitución”. Y es que toda falta política en que incurran los funcionarios que componen la estructura orgánica prevista en la Carta Política, compromete peligrosamente el adecuado desenvolvimiento del aparato estatal. En estos casos, la razón del despojo del cargo no tiene origen en la comisión de un delito, sino en la comisión de faltas que aminoran, en grado sumo, la confianza depositada en el funcionario, la que debe ir indefectiblemente ligada al cargo que ostenta.

21. De esta manera, en el juicio político el funcionario es acusado, procesado y, de ser el caso, sancionado por el propio Congreso, por faltas única y estrictamente políticas.

Sobre la votación necesaria para acusar y sancionar en los juicios políticos

22. El Tribunal Constitucional advierte que aún no se ha previsto en el ordenamiento la votación necesaria para aplicar las sanciones previstas en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución, en los casos de juicios políticos. Dicha omisión ni siquiera se encuentra prevista en el ordenamiento para casos sustancialmente análogos, razón por la cual, en este caso, no cabe recurrir a una sentencia integrativa.

23. Esta omisión, desde luego, puede desencadenar aplicaciones irrazonables de las sanciones previstas en el artículo 100°. En ese sentido, este Colegiado exhorta al Congreso de la República a estipular en su Reglamento la votación necesaria para aprobar una acusación constitucional por infracción de la Constitución (causas políticas), así como aquella necesaria para la aplicación de las referidas sanciones.

Para ello deberá tener en cuenta que los artículos 157° y 161° de la Constitución establecen que para la remoción de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura y del Defensor del Pueblo se requiere el voto conforme de los 2/3 del número legal de miembros del Congreso. Siendo así, a efectos de evitar incongruencias que puedan desprenderse del propio orden constitucional, es necesario que el número de votos para destituir del cargo a los otros funcionarios previstos en el artículo 99° de la Constitución, o, en su caso, para inhabilitarlos hasta por 10 años para el ejercicio de la función pública, por infracción de la Constitución, no sea menor a los 2/3 del Congreso, sin participación de la Comisión Permanente.

Sobre el procedimiento aplicable a los juicios políticos

24. De otra parte, y en vista de que el procedimiento regulado por el artículo 89° del Reglamento parlamentario se encuentra, prima facie, dirigido a regular el procedimiento de acusación constitucional para los casos de antejuicio político, este Colegiado exhorta al Congreso de la República a regular un procedimiento de acusación constitucional para los casos de juicio político, conforme a las características de dicha institución que se desprenden de esta sentencia. En tanto ello ocurra, este Colegiado no encuentra inconveniente en que el procedimiento regulado en los incisos del artículo 89° del Reglamento sea aplicado también a los juicios políticos, mientras resulten compatibles con las características de dicha institución.

25. De este modo, y resumiendo los criterios expuestos hasta el momento, debe interpretarse que en los artículos 99° y 100° de la Constitución se contempla tanto el antejuicio político como el juicio político.

En el antejuicio político, que debe versar sobre materia estrictamente jurídica, el Congreso sólo puede acusar y levantar la prerrogativa funcional del funcionario, pero en ningún caso sancionar. La acusación debe ser aprobada por la mitad más uno del número legal de miembros. Una vez sancionado judicialmente el funcionario, el Congreso puede aplicar las sanciones a que se refiere el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución, bastando para ello, en este caso, la votación favorable de una mayoría simple.

El juicio político es un procedimiento de contenido eminentemente político, seguido en su totalidad ante el Congreso de la República, en el que éste tiene la potestad de sancionar al funcionario por razones estrictamente políticas. En tal supuesto, es imperativo que la aprobación de la sanción requiera el voto favorable de, por lo menos, 2/3 del número de congresistas, sin participación de la Comisión Permanente.

§3. Sobre la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral o física

26. Este Colegiado debe resaltar que no existe procedimiento ni votación calificada alguna para que el Congreso de la República pueda declarar vacante el cargo de Primer Mandatario por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución, esto es, por “su permanente incapacidad moral o física”. Ello, desde luego, no podría significar que el más alto cargo de la Nación pueda quedar vacante como consecuencia de mayorías simples, pues ello sería atentatorio del principio de razonabilidad, pudiéndose presentar supuestos absolutamente inaceptables en un Estado social y democrático de derecho, tales como el hecho de que mientras que el Congreso necesite de la votación de más de la mitad de su número legal de miembros para remover a los ministros (responsables políticamente y no elegidos por el pueblo), mediante el voto de censura, sin embargo, no necesite sino una mayoría simple para remover al Presidente de la República (quien no tiene responsabilidad política y es elegido directamente por la voluntad popular). En ese sentido, el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a legislar un procedimiento y la necesidad de una votación calificada para poder declarar la vacancia presidencial por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución, a efectos de no incurrir en aplicaciones irrazonables de la referida disposición constitucional, para lo cual, al igual que en los casos de juicio político, debe estipularse una votación calificada no menor a los 2/3 del número legal de miembros del Congreso.

§4. Respecto de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), el Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil

27. Asimismo, este Colegiado observa que los miembros del JNE, el Jefe de la ONPE y el Jefe del RENIEC no cuentan con la prerrogativa del antejuicio político, no obstante ser funcionarios públicos de la mayor importancia en un Estado democrático de derecho, teniendo la obligación de “asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos, y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa” (artículo 176° de la Constitución). Por ello, el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a reformar el artículo 99° de la Constitución, incluyendo a los mencionados funcionarios del sistema electoral entre aquellos dignatarios que gozan del privilegio de antejuicio político, o, en su caso, incluyendo una disposición que permita ampliar el privilegio de antejuicio a aquellos funcionarios que la ley establezca, tal como lo hiciera el artículo 183° de la Constitución de 1979.

§5. Respecto de la votación necesaria para la aprobación de leyes ordinarias

28. Por su parte, si bien es verdad que el artículo 106° de la Constitución determina que para la aprobación o modificación de las leyes orgánicas se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso, se advierte que hay silencio respecto al número de votos necesarios para la aprobación de una ley ordinaria y que, en consecuencia, ese vacío constitucional debe ser cubierto mediante la correspondiente disposición en el Reglamento del Congreso. De lo contrario, siendo permisible el voto de abstención de los congresistas, puede llegarse al extremo de que, con un reducido número de votos a favor, pueda aprobarse una ley, especialmente cuando el número de congresistas presentes supere apenas el mínimo del quórum (en cuyo cómputo no se consideran a los que gozan de licencia). En ese sentido, este Colegiado exhorta al Poder Legislativo a establecer el mínimo de votos necesarios para la aprobación de leyes ordinarias.

b. PRECEDENTES VINCULANTES EN MATERIA PARLAMENTARIA

EXP. N° 3760-2004-AA/TC GASTON ORTIZ ACHA

CASO

Con fecha 2 de febrero de 2004, el recurrente interpone acción de amparo en favor de Alberto Fujimori Fujimori y la dirige contra el Congreso de la República. Refiere que la Resolución Legislativa N.º 018-2000-CR de fecha 23 de febrero de 2001, mediante la cual se inhabilita a Alberto Fujimori Fujimori para ejercer funciones públicas por un período de diez años, resulta atentatoria a los derechos fundamentales de participar en la vida pública de la Nación, de elegir y ser elegido y de la presunción de inocencia. Señala, también, que según el artículo 33º de la Constitución el ejercicio de la ciudadanía sólo puede suspenderse mediante sentencia judicial condenatoria con inhabilitación de derechos políticos.

Alega que la referida resolución carece de sustento jurídico, toda vez que mediante Resolución Legislativa N.º 0-009-2000-CR de fecha 21 de noviembre de 2000 se declaró la vacancia de la Presidencia de la República, por lo que no le era aplicable la inhabilitación, pues según lo dispuesto en el artículo 100º de la Constitución, dicha sanción se aplica a determinados funcionarios señalados en el artículo 99º de la Constitución, entre los cuales encuentra el Presidente de la República. Sin embargo, señala que al momento de ser sancionado, Fujimori ya no contaba con dicha condición, al haber sido vacado de la presidencia de la República.

El 44º Juzgado Civil de Lima, con fecha 3 de febrero de 2004 declaró improcedente la acción de amparo por considerar que ha operado el plazo de 60 días hábiles para accionar, previsto en el artículo 37º de la Ley N.º 23506.

La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 24 de junio de 2004, confirmó la apelada por el mismo fundamento.

PRECEDENTE

2. La acusación constitucional contra el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori

8. El Pleno del Congreso de la República, con el informe de la Comisión Investigadora y conforme a los mandatos de los artículos 99º y 100º de la Constitución y el artículo 89º del Reglamento del Congreso de la República aprobó la Resolución Legislativa N° 018-2000-CR, de fecha 23 de febrero de 2001, inhabilitando a don

Alberto Fujimori Fujimori, ex Presidente de la República, para el ejercicio de toda función pública por diez años.

A este respecto, el Tribunal Constitucional considera que mientras no sea derogada por el Congreso, o declarada la inconstitucionalidad de dicha Resolución Legislativa, ésta produce plenos efectos.

3. Sobre la petición del accionante

9. En cuanto al fondo del asunto, el accionante fundamenta su pretensión alegando que el beneficiario de la presente acción no podía ser pasible de la sanción de inhabilitación por cuanto al momento de ser sancionado ya no contaba con la calidad de Presidente de la República, toda vez que mediante la Resolución Legislativa N.º 0-009-2000-CR ya se había declarado la vacancia de la Presidencia de la República y, en consecuencia, no podía ser pasible de inhabilitación.

10. Este Colegiado considera que, si bien es cierto constituye un requisito indispensable para ser pasible de la sanción de inhabilitación, prevista en el artículo 100º de la Constitución, el ser uno de los funcionarios previstos en el artículo 99º de la Constitución, ello no implica, necesariamente, que el funcionario acusado deba encontrarse en ejercicio de sus funciones, sino que los delitos de función y la infracción constitucional que son materia de acusación hayan tenido lugar con ocasión de haber ocupado el cargo público.

Ello es aún más evidente en el caso del Presidente de la República, pues, de acuerdo con el artículo 117º de la Constitución, el Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su mandato, por traición a la patria, por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales, por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134º de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral.

Por tanto, las acusaciones que se fundamentan en la comisión de otros delitos e infracciones constitucionales tendrán lugar, evidentemente, una vez que el Presidente de la República ha concluido su mandato constitucional o cuando se declara la vacancia de la Presidencia de la República de acuerdo con el artículo 113º de la Constitución Política.

11. El ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori tiene la calidad de inculpado en numerosos procesos penales y se ha solicitado, en alguno de ellos, su extradición judicial. Debe retornar al Perú no sólo para ejercitar su defensa, con las garantías del debido proceso y la tutela jurisdiccional que le concede el Estado Democrático y Social de Derecho, en el que hay separación de poderes, sino para ratificar la demanda de amparo materia de este proceso.

4. La Resolución Legislativa N.º 018-2000-CR: Régimen constitucional y reglamentario

12. Una de las funciones esenciales de los Parlamentos contemporáneos es la función de control político. Para ello, el Congreso de la República cuenta con diversos

mecanismos que le permiten realizar dicho control. Precisamente, uno de esos instrumentos es el juicio político, el cual está previsto en el artículo 100° de la Constitución Política de 1993.

13. En efecto, el artículo 100° establece que “Corresponde al Congreso de la República, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad”.

14. Del mismo modo, el artículo 89° del Reglamento de Congreso de la República desarrolla el procedimiento para realizar el juicio político, pudiendo el Pleno del Congreso de la República acordar la sanción de “suspensión, inhabilitación o destitución por infracción constitucional”.

5. Contenido de la inhabilitación política

15. Tanto del artículo 100° de la Constitución como del artículo 89° del Reglamento del Congreso se infiere que el Congreso de la República puede imponer, luego de realizado el procedimiento de acusación constitucional, sanciones políticas que pueden manifestarse de tres formas: 1) la suspensión, 2) la inhabilitación o 3) la destitución del funcionario público.

16. En lo que respecta al presente informe, es del caso señalar que corresponde analizar, propiamente, el contenido de la sanción de inhabilitación política que impone el Congreso a un funcionario público. En este sentido es del caso analizar cuál es el contenido de esta sanción y cuáles son sus alcances.

17. En principio cabe señalar que la inhabilitación política es una sanción política discrecional pero sujeta a criterios de razonabilidad constitucional, que impone el Congreso de la República. Esto lo hace distinta, precisamente por su naturaleza, a la inhabilitación penal (prevista en el artículo 36° del Código Penal) y a la inhabilitación administrativa (según establece el artículo 30 de la Ley de la Carrera Administrativa, el artículo 159° de su Reglamento y la Ley Marco del Empleo Público), las cuales son de carácter estrictamente jurídicos.

18. En tal sentido la inhabilitación política es una sanción política que impone el Congreso de la República a los más altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99° de la Constitución por infracción a la Constitución y por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, los mismos que sólo comportan una restricción en el ejercicio de los derechos políticos del funcionario que sea sancionado.

6. Alcances y efectos de la inhabilitación política

19. La inhabilitación política despliega sus efectos sobre los derechos políticos que son aquellos mediante los cuales los ciudadanos participan en la formación y dirección de las actividades del Estado; son, por tanto, derechos que permiten a los ciudadanos participar en la vida política y pública.

20. Ahora bien, la inhabilitación política incide sobre estos derechos en dos ámbitos: material y temporal. En el aspecto sustantivo, los efectos de la inhabilitación impiden

al funcionario público sancionado ejercer el derecho de sufragio (elegir y ser elegido), el derecho de participación y el derecho a fundar, organizar, pertenecer o representar a una organización o partido político, movimiento o alianza.

21. Dentro del ámbito temporal, el Congreso de la República puede inhabilitar al funcionario público “hasta por diez años”(artículo 100° de la Constitución), lo cual implica que el Congreso tiene discrecionalidad, dentro de los límites que establece la Constitución y el Reglamento del Congreso, para definir el tiempo durante el cual el funcionario quedará inhabilitado para ejercer sus derechos políticos.

Para el Tribunal Constitucional, esta limitación en el ejercicio de toda función pública no afecta al contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, porque su imposición es razonable y proporcional al daño constitucional cometido. Atribución que el poder constituyente le otorga al Congreso de la República en la Constitución Política, en tanto que él ocupa, dentro del ordenamiento constitucional, una función de tutela de los principios y valores democráticos.

22. La Resolución Legislativa N.º 018-2000-CR dispone una inhabilitación del ex Presidente de la República, don Alberto Fujimori Fujimori, por el tiempo de diez años, para el ejercicio de “toda función pública”, y restringe, por ese lapso, el ejercicio de su derecho de acceso a los cargos públicos. Tal restricción ha de operar tanto por lo que se refiere al acceso a los cargos públicos derivados de elección, como al de acceso mediante concurso público o de designación; en consecuencia, se encuentra inhabilitado para postular, concursar y en general acceder a cualquier cargo o función pública durante el período a que se refiere la resolución legislativa ya referida.

7. Control jurisdiccional de la sanción de inhabilitación política

23. Dentro del marco del principio de división de poderes se garantiza la independencia y autonomía de los órganos del Estado. Ello, sin embargo, no significa en modo alguno que dichos órganos actúan de manera aislada y como compartimentos estancos; si no que exige también el control y balance (*check and balance*) entre los órganos del Estado.

24. En tal sentido, la facultad de imponer sanciones políticas por parte del Congreso es una facultad privativa y discrecional de él; pero, tal discrecionalidad es posible sólo dentro de los límites que se derivan de la propia Constitución y del principio de razonabilidad y proporcionalidad.

25. De ahí que, como ningún poder constituido esta por encima del poder constituyente que se expresa jurídicamente en la Constitución, sea posible el control jurisdiccional de los actos que realiza el Parlamento para imponer sanciones, cuando de ellos devenga una afectación al debido proceso parlamentario y la violación de los derechos fundamentales.

26. Si bien este Tribunal mediante sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad N.º 006-2003-AI/TC ha hecho precisiones sobre el sentido de los

artículos 99° y 100° de la Constitución, referidos al antejuicio y al juicio político, no es posible extender tales criterios a supuestos acaecidos antes de la referida sentencia.

27. En efecto, mediante Resolución aclaratoria de fecha 9 de diciembre de 2003 este Tribunal precisó que no es posible deducir que la aplicación en el pasado de los artículos 99° y 100° de la Constitución en un sentido distinto a los criterios expuestos en la referida sentencia, sea inconstitucional, puesto que dicha aplicación, *strictu sensu*, no era contraria a ninguna de las disposiciones constitucionales.

Tal como lo señaló este Tribunal “Lo que ocurre es que por virtud de la sentencia, debe entenderse que se ha operado una mutación constitucional en la interpretación de los artículos 99° y 100° de la Constitución, quedando en el futuro proscrita su aplicación en un sentido distinto del que surge de la sentencia, bajo sanción de reputársele inconstitucional”. Asimismo, tal como lo señala este Tribunal en la referida resolución “(...) la sentencia materia de la presente resolución, no puede deducirse efecto retroactivo de ningún orden, puesto que en la misma no se ha declarado la inconstitucionalidad de norma legal alguna”.

EXP. N° 2791-2005-PA/TC JULIO SOVERÓN MÁRQUEZ Y OTRO

CASO

Con fecha 14 de junio de 2004, los recurrentes interponen acción de amparo a favor de don Alberto Fujimori Fujimori contra el Congreso de la República, solicitando que se declare inaplicable al beneficiario la Resolución Legislativa N.º 018-2000-CR, de fecha 23 de febrero de 2001, mediante la cual se lo inhabilita para ejercer funciones públicas por un período de diez años. Sostienen los recurrentes que el ex presidente Fujimori no fue notificado de ninguna forma de las denuncias interpuestas en su contra, impidiendo el ejercicio de su defensa por sí mismo y con la asistencia de abogado, conforme lo manda el segundo párrafo del artículo 100.º de la Constitución Política, omisión que vulnera sus derecho constitucional a un debido proceso.

El Cuadragésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 16 de junio de 2004 declara improcedente la acción de amparo por considerar que la resolución cuestionada ha sido expedida por el Poder Legislativo en el ejercicio regular de sus funciones, siendo aplicable al caso de autos la causal de improcedencia establecida en el inciso 4) del artículo 6.º de la Ley N.º 23506.

La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 25 de noviembre de 2004, confirma la apelada argumentando que los recurrentes no han cumplido con acreditar que la ausencia del presunto afectado sea producto de una situación no deliberada por este.

PRECEDENTE

1. En las STC N.ºs 3760-2004-AA/TC y 3238-2004-AA/TC, de fecha 18 de febrero de 2005 y el 22 de febrero de 2005, respectivamente,³ que resuelven procesos constitucionales de amparo sustancialmente similares al de autos, interpuestos por los mismos recurrentes a favor de Alberto Fujimori Fujimori, y que constituyen jurisprudencia vinculante, este Colegiado ya se pronunció por la legitimidad para obrar del tercero demandante, determinando la procedibilidad de ambas demandas, siendo dicho criterio, *mutatis mutandis*, aplicable a la presente causa.

2. Con relación al fondo de la controversia, este Tribunal Constitucional ha verificado que el 22 de enero de 2001 el Congreso de la República, en cumplimiento del segundo párrafo del inciso e.3) del artículo 89.º del Texto Único Ordenado de su Reglamento, vigente en ese momento, notificó al señor Alberto Fujimori Fujimori las Denuncias Constitucionales por la infracción de los artículos 38.º y 118, inciso i), de la Constitución Política, a través del diario oficial “El Peruano” y el diario “El Comercio”, como periódico de circulación nacional, así como en la página web de ambos diarios, para que el referido ciudadano ejerciera su defensa ante la Comisión respectiva, por lo que no se han vulnerado sus derecho de defensa y al debido proceso.

3. Sin perjuicio de lo antes señalado, debe reiterarse que la Resolución Legislativa N.º 018-2000-CR ha sido expedida por el Congreso de la República de conformidad con el artículo 100.º de la Constitución Política del Perú y, por lo tanto, el ciudadano Alberto Fujimori Fujimori está inhabilitado para ejercer toda función pública durante diez años, computables a partir del día siguiente a la publicación de la referida norma legal. Dicha inhabilitación es consecuencia de un juicio político y es distinta de la inhabilitación judicial. La primera opera por decisión del Congreso de la República y tiene los efectos de inhabilitación para el ejercicio de toda función pública. La segunda es consecuencia de una sentencia judicial que suspende el ejercicio de la ciudadanía, de acuerdo con el artículo 33.º de la Constitución Política del Perú.

4. La inhabilitación política no puede extenderse más allá de lo dispuesto en nuestra Carta Política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos y la legislación vigente. En efecto, el artículo 29.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, aprobada por Resolución Legislativa N.º 13282, indica que “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, **toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley** con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. Igualmente, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, aprobado por Decreto Ley N.º 22128, reconoce que “1) Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones; 2) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda

3 Mediante resolución del 20 de junio de 2005 se corrigió de oficio la fecha de las resoluciones.

índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección, y 3) El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, **puede estar sujeto a ciertas restricciones**, que deberán, sin embargo, estar **expresamente fijadas por la ley** y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Finalmente, el artículo 13. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por Decreto Ley N.º 22231, indica que la libertad de pensamiento y de expresión debe ser ejercida, sin censura previa, pero sujeta a responsabilidades ulteriores, las que deben estar **expresamente fijadas por la ley**, y con respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

Es, pues, evidente que, como todos los derechos y libertades, la libertad de expresión no es de naturaleza absoluta, y su ejercicio debe estar sujeto a la regulación legal.

5. Por otro lado, este Colegiado destaca que el artículo 35.º de la Constitución Política del Perú declara que los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, **conforme a ley**, las que concurren a la formación de la voluntad popular y gozan de personalidad jurídica desde su inscripción en el registro correspondiente; pero también señala que **la ley** establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y **el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general**.

6. Al respecto, es por Ley N.º 28094, de 31 de octubre de 2003, que se regula la actividad de los partidos políticos y se declara entre los fines y objetivos de los partidos políticos: (a) asegurar la vigencia y defensa del sistema democrático, y (b) contribuir a la preservación de la paz, la libertad y la vigencia de los derechos humanos consagrados por la legislación peruana y los tratados internacionales a los que se adhiere el Estado (artículo 2.º). Asimismo, de acuerdo con el artículo 14.º de dicha ley, solo puede declararse la ilegalidad de una organización política por la Corte Suprema de la República, a pedido del Fiscal de la Nación o del Defensor del Pueblo, en los siguientes casos taxativamente señalados en ese precepto: cuando se vulneran sistemáticamente las libertades y los derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas o la exclusión o persecución de personas por cualquier razón, o legitimando la violencia como método para la consecución de objetivos políticos; complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones que, para la consecución de fines políticos, practiquen el terrorismo, o que con su prédica contribuyan a multiplicar los efectos de la violencia, el miedo y la intimidación que el terrorismo genera, y apoyar la acción de organizaciones que practican el terrorismo y/o el narcotráfico.

7. Consecuentemente, la inhabilitación del ciudadano Alberto Fujimori Fujimori para ejercer toda función pública, no impide que pueda ejercer su derecho constitucional de libertad de expresión, sujeto a la regulación legal sobre la materia. En torno a ello, si bien es cierto que, conforme aparece de las publicaciones en el diario oficial “El

Peruano”, se sigue contra el ciudadano Alberto Fujimori Fujimori numerosos procesos penales por delitos de genocidio, desaparición de personas, corrupción de funcionarios y otros ilícitos, no existe aún sentencia en ninguno de ellos, por estar prófugo del país, razón por la cual es aplicable la presunción a que se refiere el inciso e) del numeral 24.º del artículo 2.º de la Constitución Política del Perú. El artículo 41.º de la Ley N.º 28094, empero, permite a los partidos políticos el uso de los medios de comunicación de propiedad del Estado, en período no electoral, “(...) para la difusión de sus propuestas y planteamientos (...)”, de manera que cualquier contenido distinto debe ser diferido por los órganos competentes para su difusión en el período señalado por el artículo 37.º de la ley referida. En ese sentido, en ningún caso, los partidos políticos, ni sus integrantes, pueden usar los medios de comunicación social para realizar la apología de algún delito, sin incurrir los autores en el ilícito previsto en el artículo 316.º del Código Penal. El Ministerio Público, bajo la responsabilidad que la ley establece, debe, en tal supuesto, ejercer las atribuciones previstas en el artículo 159.º de la Constitución Política del Perú y en su Ley Orgánica.

8. En ese mismo orden de ideas, el Congreso de la República debe dictar una ley que impida a los partidos políticos el uso indebido de los espacios en radio y televisión de propiedad del Estado.

Resolución aclaratoria del 20 de junio de 2005

3. Que, asimismo, se omitió de manera involuntaria señalar que la sentencia de autos, de acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene efectos jurídicos vinculantes para todos los poderes y organismos

EXP. N° 0030-2005-PI/TC BARRERA ELECTORAL

CASO

Con fecha 10 de noviembre de 2005, 35 Congresistas de la República interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28617, cuyo artículo 1º modifica los artículos 20º y 87º de la Ley Orgánica de Elecciones (en adelante, LOE), y cuyo artículo 2º modifica el artículo 13º de la Ley de Partidos Políticos (en adelante, LPP).

Los fundamentos de la demanda son los siguientes:

a) La Ley cuestionada, al referir que para ingresar al procedimiento de distribución de escaños del Congreso de la República se requiere haber alcanzado al menos 6 representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral, es decir, 5% del número legal de sus miembros, o haber alcanzado al menos el 5% de los votos válidos a nivel nacional, vulnera el derecho fundamental a ser elegido representante (artículo 31º de la Constitución), pues establece condiciones para su ejercicio que rebasan los lineamientos que la Constitución ha establecido en sus artículos 90º (que establece

que para ser congresista se requiere ser peruano de nacimiento, haber cumplido 25 años y gozar de derecho de sufragio) y 91° (que enumera a los funcionarios que no pueden ser elegidos congresistas si no han dejado el cargo 6 meses antes de la elección).

b) Condicionar el acceso al cargo de congresista a que el partido político al que se pertenece alcance un mínimo de representantes, vulnera directamente los citados artículos constitucionales.

c) La “barrera electoral” vulnera la libertad con la que los ciudadanos deben ejercer su derecho fundamental a elegir a sus representantes (artículo 31° de la Constitución), pues aún cuando un candidato obtenga un número de votos que le permita encontrarse entre los 120 candidatos más votados, ello no lo hará merecedor del cargo de congresista, pues dicho acceso estará supeditado al porcentaje de votos alcanzado por su partido político. La Ley da lugar a una inconstitucionalidad, pues los 120 parlamentarios no serán necesariamente los 120 candidatos que obtuvieron el mayor número de votos.

d) El derecho de sufragio tiene naturaleza personal, de modo que no es posible que pueda ser compatible con una ley que establezca un condicionamiento respecto de la participación de un determinado partido político en el Congreso.

e) El límite es irrazonable, pues no se desprende del propio texto constitucional; en concreto, no deriva de sus artículos 30° (que establece los requisitos para ser ciudadano) y 33° (que establece las causas por las que se suspende la ciudadanía).

f) La Ley impugnada evita que las elecciones al Congreso sean expresión fiel de la voluntad de la ciudadanía, tal como lo exige el artículo 176° de la Constitución. Se da prioridad al interés de un partido político antes que al interés del pueblo.

g) La Ley cuestionada resta la participación de las minorías y se deja sentadas las bases para el establecimiento de un antipluralismo político, generándose un clima de desincentivo para la formación de nuevos partidos políticos y fortaleciendo peligrosamente a los grupos mayoritarios, lo que puede repercutir en un forzado triunfo de las oligarquías partidarias.

h) La modificación del artículo 87° de la LOE, conforme a la cual los partidos que no hayan obtenido representación parlamentaria mantendrán vigente su inscripción temporalmente por espacio de un año, al vencimiento del cual será cancelada, afecta directamente al Estado social y democrático de derecho, sustentado en un sistema democrático, ya que lo que se pretende es la desaparición de cualquier tipo de representación de las minorías.

Con fecha 11 de enero de 2006, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, por los siguientes fundamentos:

a) La Ley dificulta a los partidos pequeños el acceso a las curules, fomenta las alianzas y coaliciones partidarias, y disuade la proliferación de pequeños partidos. Evita la dispersión electoral que debilita la gobernabilidad y la estabilidad del sistema político nacional. Favorece el sistema de partidos políticos.

- b) No existe afectación del artículo 176° de la Constitución, pues lo que los demandantes entienden como “la expresión fiel de la voluntad de la ciudadanía reflejada en las urnas”, de ninguna manera puede entenderse como la adopción de una determinada técnica electoral para traducir los votos en escaños. Corresponde al legislador, a través de las normas electorales, elegir o modificar los mecanismos, técnicas y métodos para convertir los votos en escaños, sin más límites que los que el marco constitucional ha dispuesto.
- c) No es cierto que la Ley priorice el interés de un partido político al interés del pueblo, porque lo que prioriza es la gobernabilidad y el desempeño adecuado del órgano parlamentario, representante de la voluntad popular.
- d) No solamente la Constitución establece los requisitos o condiciones para ser elegido congresista, sino que también lo hace, por encargo de ella misma (artículos 2°, inciso 17, y 31°), la LOE.
- e) Le corresponde a la ley y no a la Constitución —según establecen los artículos 2°, inciso 17; 31°; 176°, y 187°— definir la forma de convertir los votos en escaños. De manera tal que estas leyes pertenecen al bloque de constitucionalidad, razón por la cual resulta errónea la afirmación de que la Ley incoada vulnera el derecho fundamental a elegir y ser elegido.
- f) En el hipotético y negado caso de que nos halláramos ante una excesiva intervención del Estado con respecto al derecho fundamental al sufragio, la norma no vulnera el principio de proporcionalidad, pues tiene un fin constitucional (reforzar el Estado democrático) y es una medida idónea para alcanzarlo. A lo que se agrega que el legislador debe disponer de libertad de apreciación de la realidad, a efectos de definir qué medida es necesaria en aras de alcanzar un determinado fin constitucional.
- g) Un gobierno democrático no se caracteriza únicamente por dotar de facultades efectivas a sus ciudadanos para ejercitar sus derechos fundamentales, como el de sufragio, sino que además debe contar con instituciones jurídicas que permitan hacer efectiva la democracia.
- h) El carácter personal del voto (artículo 31° de la Constitución), no es vulnerado por la “barrera electoral”, pues dicha cualidad implica que éste sea ejercido por el ciudadano mismo sin representante alguno.
- i) No es cierto afirmar que los 120 parlamentarios electos son aquellos 120 candidatos que obtuvieron el mayor número de votos, pues nuestro sistema electoral emplea el mecanismo de la cifra repartidora que, inevitablemente, lleva a que algunos miembros de un partido no lleguen al Parlamento pese a haber obtenido más votos preferenciales que los de otro partido.
- j) La Ley impugnada no niega el derecho de participación política de los ciudadanos, ni desconoce la importancia de los partidos políticos, sino que, por el contrario, reconociendo su gravitante finalidad (ser intermediarios entre la población y el Estado), les asigna un tratamiento complementario. Resulta de esencial importancia

la consolidación de un sistema de partidos en el país, y para ello es necesario tomar medidas que atenúen la fragmentación y la polarización del mismo.

k) Los partidos políticos deben tener presencia y organización nacional, motivo por el cual se les exige un mínimo de representación parlamentaria o votación a nivel nacional. Uno de los objetivos de la Ley cuestionada es, precisamente, no mantener vigente la inscripción de organizaciones políticas que no sean representativas y que no puedan cumplir con aquella labor esencial de ser canalizadoras de la voluntad popular. Los partidos políticos son personas jurídicas de derecho privado, pero con una función pública. La existencia de numerosos grupos de representación pequeños imposibilita la consecución de los intereses e ideales de la Nación y de los ciudadanos que la conforman.

5.5 Los límites de las sentencias interpretativas

60. Aunque la labor interpretativa e integrativa de este Tribunal se encuentra al servicio de la optimización de los principios y valores de la Constitución, tiene también en las disposiciones de ésta a sus límites. Y es que, como resulta evidente, que este Tribunal Constitucional sea el supremo intérprete de la Constitución (artículo 201° y 202° de la Constitución y 1° de la Ley N.º 28301 —Ley Orgánica del Tribunal Constitucional—), en nada relativiza su condición de poder constituido, sometido, como todos, a los límites establecidos en la Constitución.

61. Así como la fuerza normativa de la Constitución (artículo 51°) y las responsabilidades constitucionales con las que deben actuar los poderes públicos (artículo 45° de la Constitución) son las que, en última instancia, otorgan fundamento constitucional al dictado de las sentencias interpretativas e integrativas del Tribunal Constitucional, son, a su vez, las que limitan los alcances y oportunidad de su emisión. De esta manera, y sin ánimo exhaustivo, los límites al dictado de las sentencias interpretativas o integrativas denominadas “manipulativas” (reductoras, aditivas, sustitutivas, y exhortativas) son, cuando menos, los siguientes:

a) En ningún caso vulnerar el principio de separación de poderes, previsto en el artículo 43° de la Constitución. Esto significa que, a diferencia de la competencia del Congreso de la República de crear derecho *ex novo* dentro del marco constitucional (artículos 90° y 102°, inciso a, de la Constitución), las sentencias interpretativas e integrativas sólo pueden concretizar una regla de derecho a partir de una derivación directa de las disposiciones de la Constitución e incluso de las leyes dictadas por el Parlamento “conforme a ellas”. En suma, deben tratarse de sentencias cuya concretización de normas surja de una interpretación o analogía *secundum constitutionem*.

b) No cabe dictarlas cuando, advertida la inconstitucionalidad en la que incurra la ley impugnada, y a partir de una adecuada interpretación del texto constitucional y del análisis de la unidad del ordenamiento jurídico, exista más de una manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar. En dichos casos, corresponde al Congreso de la República y no a este Tribunal optar por alguna de las distintas fórmulas constitucionales que permitan reparar la

inconstitucionalidad, en la que la ley cuestionada incurre, por lo que sólo compete a este Tribunal apreciar si ella es declarada de inmediato o se le concede al Parlamento un plazo prudencial para actuar conforme a sus competencias y atribuciones.

c) Sólo cabe dictarlas con las responsabilidades exigidas por la Carta Fundamental (artículo 45º de la Constitución). Es decir, sólo pueden emitirse cuando sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple declaración de inconstitucionalidad residente en la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias para el Estado social y democrático de derecho.

d) Sólo resultan legítimas en la medida de que este Colegiado argumente debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que, a luz de lo expuesto, justifiquen su dictado; tal como, por lo demás, ha ocurrido en las contadas ocasiones en las que este Tribunal ha debido acudir a su emisión (STC 0010-2002-AI, 0006-2003-AI, 0023-2003-AI, entre otras). De este modo, su utilización es excepcional, pues, como se dijo, sólo tendrá lugar en aquellas ocasiones en las que resulten imprescindibles para evitar que se desencadenen inconstitucionales de singular magnitud.

e) La emisión de estas sentencias requiere de la mayoría calificada de votos de los miembros de este Colegiado.

Estos criterios constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Código Procesal Constitucional.

c. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA POSTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**EXP. N° 5312-2006-PA/TC
CARLOS ALBERTO BOLOÑA BEHR**

CASO

El objeto de la presente demanda es que se deje sin efecto el acuerdo del Pleno del Congreso de la República adoptado en la sesión del 5 de junio de 2003, por el cual se aprobó la acusación constitucional contra el demandante, se le levantó la inmunidad y se dispuso la remisión del caso a la Fiscal de la Nación para que proceda a formular denuncia penal en su contra; así como el acuerdo de la Comisión Permanente del Congreso de la República adoptado con fecha 5 de mayo de 2003, por el cual se aprobó el informe de la Sub Comisión Investigadora y la formación de la Sub Comisión Acusadora encargada de presentar acusación constitucional contra el demandante ante el Pleno del Congreso por la supuesta comisión del delito de rebelión al haber participado en la expedición del Decreto Ley N.º 25418, mediante el que se instauró el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional; y, asimismo, se ordene la realización de una nueva investigación en la que se permita al ahora demandante a ejercer su derecho de defensa, el cual, alega, ha sido vulnerado.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Legislativo, en su escrito de contestación a la demanda, afirma que la supuesta violación del derecho de defensa del demandante resulta irreparable toda vez que los actos administrativos actuados en el Congreso de la República como consecuencia de las denuncias constitucionales N.ºs 10 y 117 culminaron con la expedición de la Resolución Legislativa N.º 017-2002-CR, publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 10 de junio de 2003 (fojas 504). Al respecto, el demandante sostiene que el antejuicio al que fue sometido no se ha agotado pues la resolución acusatoria del Congreso todavía no ha surtido efectos, debido a que la Fiscalía de la Nación devolvió el expediente del referido antejuicio al Congreso para que precise por qué la resolución acusatoria tiene efecto vinculante si dicho proceso se realizó aplicando la Constitución de 1979.

El recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Mariella Trujillo Württle, en su condición de abogada de don Carlos Alberto Boloña Behr, contra la resolución de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que con fecha 27 de setiembre de 2005, que, confirmando la apelada, declara improcedente la demanda de amparo

FUNDAMENTOS

4. Que, como ya lo ha señalado este Colegiado, en virtud del antejuicio político los funcionarios públicos señalados en el artículo 99.º de la Constitución Política de 1993

tienen el derecho-prerrogativa funcional de no ser procesados penalmente por la jurisdicción ordinaria si previamente no han sido sometidos a un procedimiento político-jurisdiccional ante el Congreso de la República, el que somete a investigación la denuncia y, si se determina la existencia de suficientes elementos de juicio que, a su criterio, configuran la comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones, actúa como entidad acusadora, dejando sin efecto la referida prerrogativa funcional, suspendiéndolo en el ejercicio de sus funciones y poniéndolo a disposición de la judicatura penal (STC N.º 00006-2003-AI/TC, fundamento jurídico N.º 3). Además, la prerrogativa que contiene la referida norma constitucional feneció cinco años después de concluidas las funciones como Ministro de Estado de Don Carlos Boloña Behr.

5. Que, en ese sentido, el procedimiento de acusación constitucional mediante el cual se realiza el antejuicio político culmina con la expedición de la resolución legislativa en la cual conste el acuerdo del Pleno del Congreso de haber lugar a formación de causa o no. Dicho procedimiento puede ser sometido a revisión si se ha vulnerado alguno de los derechos constitucionales que comprende el debido proceso; sin embargo, el supuesto daño se convierte en irreparable si el dignatario denunciado pierde la prerrogativa funcional antes señalada y es sometido a la jurisdicción penal. En tal caso, se debe observar la independencia de dicho órgano en el ejercicio de su función jurisdiccional, conforme al mandato constitucional contenido en el inciso 2) del artículo 139.º de la Constitución, el cual, en su segundo párrafo, dispone que “ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones”.

**EXP. N° 3593-2006-AA/TC
LUZ SALGADO RUBIANES DE PAREDES Y
CARMEN LOZADA DE GAMBOA**

CASO

Luz Salgado Rubianes de Paredes y Carmen Lozada de Gamboa, con fecha 21 de octubre de 2001, interponen demanda de amparo contra el Congreso de la República y contra el Jurado Nacional de Elecciones, a fin de que se anulen y se dejen sin efecto: 1) la Resolución Legislativa del Congreso N.º 003-2001-CR del 16 de agosto de 2001, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17 de agosto de 2001, por la cual se les inhabilitó en el ejercicio de la función pública por cinco años, 2) la Resolución N.º 051-2001-P/CR, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18 de agosto de 2001, por la cual se declaró la vacancia del cargo de Congresista de la República y 3) la Resolución N.º 601-2001-JNE del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21 de agosto de 2001, por la cual se proclamó Congresistas de la República a las accesorias de la Alianza Cambio 90-Nueva Mayoría. En consecuencia, solicitan que se les restituya de inmediato en la condición de Congresistas de la República, así como se disponga el pago de todas las remuneraciones e ingresos dejados de percibir hasta la fecha de su restitución.

Manifiestan que en mérito al informe final sobre las acusaciones constitucionales N.º 108, 109 y 110, de junio de 2001, elaborado por la Sub Comisión Investigadora de las acusaciones constitucionales N.º 108, 109, 110 y 116, el pleno del Congreso de la República, con fecha 16 de agosto de 2001, debatió y aprobó el informe en mayoría que concluía que las recurrentes incurrieron en la infracción de los artículos 43.º, 150.º, 158.º y 177.º de la Constitución, imponiéndoles la sanción de inhabilitación para el ejercicio de la función pública por cinco años.

Consideran que durante la tramitación de las acusaciones constitucionales se han verificado una serie de irregularidades y se han vulnerado los siguientes derechos constitucionales: principio de legalidad, debido proceso, imparcialidad de los juzgadores, derecho de defensa, derecho de elegir y ser elegido, no sujeción a mandato imperativo e igualdad ante la ley.

El JNE contesta la demanda, deduce las excepciones de incompetencia, oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda y solicita que sea declarada improcedente toda vez que las resoluciones del JNE no son revisables. Asimismo, añade que el JNE, en vista de la inhabilitación y de la vacancia declaradas por el Congreso de la República en contra de las recurrentes, en cumplimiento del artículo 25.º del Reglamento del Congreso procedió a otorgar las credenciales respectivas a las accesitarias en cumplimiento de la ley.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Congreso de la República contesta la demanda, deduce la excepción de incompetencia y solicita que la demanda sea declarada improcedente o infundada, principalmente, porque el Poder Legislativo no ha vulnerado ninguno de los derechos constitucionales alegados por las recurrentes y porque las resoluciones emitidas por el Congreso de la República se han expedido conforme a los artículos 99.º y 100.º de la Constitución y a las normas del Reglamento del Congreso de la República.

El Sexagésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 30 de julio de 2003, declaró infundadas las excepciones propuestas e infundada la demanda, considerando que la decisión adoptada por el Congreso de la República se efectuó conforme al procedimiento de juicio político establecido por la Constitución y que este no había vulnerado ninguno de los derechos fundamentales alegados por las recurrentes.

La Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 1 de febrero del 2005, confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

8. Al respecto, como ya se señaló, nuestra Constitución reconoce la existencia de un juicio político destinado a sancionar las infracciones a la Constitución. Es decir, todas aquellas violaciones a los bienes jurídicos-constitucionales establecidos en la Constitución, que no sean materia de protección y sanción –en caso de su incumplimiento– por norma legal alguna. Con esto, se busca proteger la Constitución evitando la impunidad de quienes la violen por medios no previstos ni sancionados en

la ley. Ello es así en la medida que el carácter normativo de la Constitución determina que las infracciones a su texto sean proscritas en todos los ámbitos, y en especial en el público. Para ello, la propia Constitución ha diseñado un mecanismo de sanción política para los más altos funcionarios de la República por infracción de la Constitución.

Por consiguiente, es posible advertir en nuestra Carta Fundamental diversos supuestos prohibidos por el constituyente y que son pasibles de generar –en caso de ser violados por los funcionarios señalados en el artículo 99° de la Constitución- un juicio político por infracción constitucional. En esa línea, con ánimo ilustrativo, podemos considerar como conductas generadoras de infracción constitucional las siguientes:

En el ámbito de los deberes hacia el Estado y la Nación (Título II, Capítulo I de la Constitución)

- La rebelión o sedición cometida por determinada autoridad al arrogarse el poder del Estado que emana del pueblo (artículo 45° de la Constitución).
- La obediencia a un gobierno usurpador y la obediencia a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y las leyes (Artículo 46° de la Constitución).

En el ámbito del régimen tributario y presupuestal (Título III, capítulo IV de la Constitución)

- La expedición de un decreto de Urgencia que contenga materia tributaria (artículo 74° de la Constitución).
- La aprobación de operaciones de endeudamiento interno o externo del Estado, fuera del marco de la ley (artículo 75° de la Constitución).
- La aprobación de la Ley Anual de Presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública (artículo 78° de la Constitución).
- La aprobación de tributos referidos a beneficios o exoneraciones sin haberse recibido el informe previo del Ministerio de Economía y Finanzas (artículo 79° de la Constitución).
- La negativa de remisión de la Cuenta General de la República dentro del plazo señalado en el artículo 81° de la constitución (conducta que también se encuentra tipificada como delito en el artículo 377° del Código Penal).

En el ámbito de la estructura del Estado: Poder Legislativo (Título IV, Capítulo I de la Constitución)

- El desempeño de un parlamentario como miembro de una comisión parlamentaria de carácter internacional, sin la previa autorización del Congreso (artículo 92° de la Constitución).

- La disposición del ingreso de las fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en el recinto del Congreso, sin la autorización del presidente del Congreso (artículo 98° de la Constitución).

En el ámbito de la estructura del Estado: Consejo de Ministros (Título IV, Capítulo V de la Constitución)

- La Gestión, por parte de un ministro, de intereses propios o de terceros, así como el ejercicio de actividad lucrativa, o de intervención en la dirección o gestión de empresas o asociaciones privadas (artículo 126° de la Constitución).
- El desempeño del encargo de un despacho ministerial, fuera del plazo señalado (artículo 127° de la Constitución).
- La no concurrencia, por parte de todos o alguno de los ministros, cuando el Congreso los llama para interpellarlos (artículo 131° de la constitución).

En el ámbito de un régimen de excepción (Título IV, Capítulo VII de la Constitución)

- La renuncia de dimisión en el cargo de ministro, a pesar de haberse aprobado el voto de censura o no haberse obtenido el voto de confianza (artículo 132° de la Constitución).
- El decretamiento del estado de emergencia o del estado de sitio por un plazo indeterminado, o fuera del plazo establecido en la Constitución (artículo 137° de la Constitución).

9. En el juicio político, llevado a cabo por el Congreso de la República, la propia Constitución es el parámetro normativo para evaluar si alguno de los altos funcionarios, a que se refiere el artículo 99.º de la Constitución, ha cometido o no una infracción contra ella. En efecto, la tarea del Congreso de la República consiste en determinar, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, si los hechos denunciados en un juicio político constituyen o no una infracción de la Constitución. Tal atribución no solo le ha sido conferida al Congreso de la República, por los artículos 99.º y 100.º de la Constitución, sino también por el artículo 102.º inciso 2.º de la misma norma suprema que le impone el deber de velar por el respeto de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores. Para el caso particular del juicio político tal responsabilidad no es otra que la política. Por tanto, así como en el caso de un delito el juez penal debe hacer una tarea de subsumción de los hechos en el tipo penal establecido en la ley, en el caso del juicio político el Congreso de la República tiene la tarea de encuadrar los hechos y establecer su relación directa con la norma constitucional pertinente, a fin de configurar la infracción constitucional, según el caso.

10. En el mismo sentido, cabe señalar que la propia Constitución es la que prevé expresamente las sanciones que puede imponer el Congreso de la República por infracción de la Constitución, pudiendo suspender, inhabilitar y destituir a los funcionarios comprendidos en el artículo 99º de la Constitución. Pero la propia Norma Fundamental ha previsto ciertos parámetros para la imposición de las sanciones. En efecto, por ejemplo, la inhabilitación solo tendrá una duración máxima

de diez años. Es claro que bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad y atendiendo a la gravedad, circunstancias y otros factores, el Congreso de la República determinará la sanción a imponer y de ser el caso la duración de la suspensión o inhabilitación. Por tanto, el Tribunal Constitucional no encuentra violación al principio de legalidad.

13. En efecto, los altos funcionarios de la República, que dirigen los Poderes del Estado y los órganos constitucionales son los primeros obligados en preservar la autonomía y ámbitos de competencia de las instituciones básicas del modelo democrático. Por ello, cuando su actuación infringe la Constitución se debe valorar si es que dicha infracción es leve, intermedia o grave. En ese sentido, es evidente que, en el contexto de un Estado constitucional de Derecho, las conductas políticas destinadas a socavar y destruir la separación, control y balance entre los poderes del Estado (artículo 43° de la Constitución), así como la independencia funcional de los órganos jurisdiccionales (artículo 139° inciso 2 de la Constitución), y con ello, el sistema democrático mismo (artículo 45° de la Constitución), constituye una infracción grave a la Constitución. Por este motivo, este Colegiado estima que el Congreso de la República actuó dentro del marco constitucional y en el ejercicio regular de sus facultades que le reconocen los artículo 99° y 100° de la Constitución.

16. Precisamente, la Resolución Legislativa del Congreso N.º 003-2001-CR, que inhabilita a las recurrentes, es un acto parlamentario con efectos particulares. Este tipo de fuentes normativas con rango de ley no tienen parte considerativa sino solo resolutive, como los textos legales, porque la fundamentación de la sanción consta en el Informe Final de la Acusación Constitucional que se debate y aprueba en el Pleno del Congreso de la República. Al respecto, este Colegiado ha admitido la figura de la motivación por remisión. En el caso concreto, existiendo la debida fundamentación de la sanción en el Informe Final de la acusación constitucional, el Tribunal Constitucional estima que no se ha afectado el derecho fundamental al debido proceso en su manifestación de la debida motivación.

EXP. N° 0026-2006-PI/TC
JAVIER VALLE RIESTRA Y MÁS DEL 25% DEL NÚMERO LEGAL
DE MIEMBROS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

CASO

Con fecha 30 de octubre de 2006, treintitrés congresistas de la República interponen demanda de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo 16° y el literal d) del artículo 20° del Reglamento del Congreso de la República. El primero fue modificado por la Resolución Legislativa del Congreso N.º 015-2005-CR, publicada el 3 de mayo de 2006; el segundo fue adicionado por la Resolución Legislativa del Congreso N.º 025-2005-CR, publicada el 21 de julio de 2006. El apoderado, congresista de la República, don Javier Valle-Riestra González Olaechea, manifiesta que las normas impugnadas establecen una restricción desproporcional e

inconstitucional del derecho de inmunidad parlamentaria que tienen los Congresistas de la República conforme al artículo 93° de la Constitución. Suscintamente, sustenta su demanda en los siguientes argumentos:

Con relación al segundo párrafo del artículo 16° del Reglamento del Congreso, sostiene:

- Que se afecta el derecho a la inmunidad parlamentaria, tal como está enunciado en el artículo 93° de la Constitución. Considera que la inmunidad parlamentaria es una garantía de los congresistas cuya finalidad es proteger a la función legislativa de la injerencia de los otros poderes del Estado, previsión que guarda armonía con el principio de separación de poderes establecido en el artículo 43° de la Constitución.
- Basándose en el derecho comparado y en los antecedentes histórico-constitucionales del caso peruano, que la inmunidad protege tanto a los procesos penales iniciados con anterioridad a la elección como a los iniciados con posterioridad a la elección.
- Que las disposiciones impugnadas resultarían incongruentes con lo expresado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.° 0006-2003-AI/TC, en la cual se afirma que la inmunidad parlamentaria se constituye como una garantía procesal penal de carácter político cuyo objeto es que los miembros del cuerpo legislativo no puedan ser detenidos ni procesados penalmente, sin la aprobación previa del Parlamento, a fin de que el Congreso pueda descartar los móviles políticos que pudieran encontrarse en una denuncia de ‘mera apariencia penal’.

Con relación al literal d) del artículo 20° del Reglamento del Congreso, sostiene:

- Que se vulnera su derecho de igualdad ante la ley, previsto en el artículo 2°, inciso 2) de la Constitución. Refiere que los funcionarios aforados que gozan del derecho de antejuicio no tienen semejante restricción en el desempeño de su función pública; que el Presidente de la República o los Ministros de Estado involucrados en procesos judiciales penales dolosos no están impedidos de participar en los Consejos de Ministros; y, por otro lado, que los miembros del Tribunal Constitucional o el Defensor del Pueblo, que también tienen inmunidad, serían víctimas de esa aberración.
- Que el hecho de que un parlamentario se encuentre obligado a inhibirse de participar en la Comisión Permanente y en las demás comisiones por el solo hecho de estar comprendido en un proceso judicial por delito doloso en el que se pida el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, y más aún en el caso de que no haya sido concedida, vulnera el principio-derecho de presunción de inocencia, según lo establecido por el artículo 2°, inciso 24), literal e) de la Constitución.
- Que la norma en cuestión restringe indebidamente el derecho a la función congresal (artículo 92.º de la Constitución).

El apoderado del Congreso de la República, don Jorge Campana Ríos, solicita que la demanda sea declarada infundada, alegando que las disposiciones impugnadas no

contravienen la Constitución por el fondo ni por la forma, total o parcialmente ni tampoco directa ni indirectamente. Concretamente, sostiene:

Con relación al segundo párrafo del artículo 16º del Reglamento del Congreso:

- Que el artículo 93º de la Constitución puede ser interpretado de dos maneras igualmente válidas desde la perspectiva constitucional. Una amplia, que protegería al congresista con la suspensión de los procesos penales iniciados con anterioridad a la elección (posición adoptada antes de la reforma cuestionada), y otra estricta (la contenida en la norma impugnada), según la cual las prerrogativas deben ser interpretadas restrictivamente, pues constituyen un límite a la tutela jurisdiccional efectiva y al principio de igualdad, estando en juego la legitimidad del Parlamento ante la ciudadanía. Por tal motivo, cuando un congresista haya sido procesado antes de ser elegido, no gozará de la prerrogativa de inmunidad de proceso, pero sí de la inmunidad de arresto.
- Que la disposición impugnada no se refiere al supuesto de si el delito fue cometido antes o después de la elección, sino solo al inicio del proceso penal, de manera que si hasta la fecha de la elección de un congresista no se inicia un proceso penal por la comisión de un supuesto delito cometido antes de la elección, entonces la inmunidad de proceso lo protegerá y no podrá tramitarse tal proceso, debiendo iniciarse el procedimiento de levantamiento de la inmunidad parlamentaria.

Con relación al literal d) del artículo 20º del Reglamento del Congreso:

- Que la norma no vulnera el derecho de igualdad ante la ley, porque el principio de igualdad admite la distinción de trato atendiendo a la realidad de los hechos y siempre y cuando esta sea razonable. Afirma que la introducción del tratamiento diferente, amparado por la norma impugnada, da lugar a dos grupos de Congresistas: los comprendidos en procesos penales dolosos, en los cuales la Corte Suprema de Justicia de la República ha solicitado el levantamiento de la inmunidad parlamentaria; y los que no se encuentran en tales supuestos. Refiere que el tratamiento diferente está relacionado con la aplicación de una prohibición durante el ejercicio del mandato parlamentario.
- Que el objetivo de la limitación establecida es evitar cuestionamientos a quienes conforman los órganos de fiscalización del Congreso, para impedir un desgaste de la credibilidad, imagen y prestigio de dicho poder del Estado. Añade que tal limitación es mínima, al estar dirigida a un número restringido de congresistas, y que tiene naturaleza temporal, pues no excluye al parlamentario de todas las funciones parlamentarias, sino de algunos grupos de trabajo que ejercen una función fiscalizadora.
- Respecto a la violación del principio-derecho de presunción de inocencia, que tal vulneración no existe ya que la obligación de inhibirse no tiene carácter punitivo, ni constituye una sanción y que, además, se trata de una limitación temporal, hasta que el Congreso de la República resuelva la correspondiente solicitud de levantamiento de la inmunidad. Agrega que a través del mencionado procedimiento no se determina la responsabilidad penal ni se impone una sanción.

- Que la norma cuestionada constituye una medida de carácter provisional, que tiene por objeto que la Comisión de Fiscalización, así como cualquier otra comisión ordinaria que actúa en ejercicio de su función fiscalizadora, no sean objeto de críticas que resten credibilidad y respaldo ciudadano a las funciones que realizan, procurando establecer una mayor transparencia en las funciones de los parlamentarios.
- En lo que concierne a la supuesta limitación inconstitucional de la función congresal, que tal restricción tiene una justificación objetiva y razonable, debido a que quienes ejercen las funciones de fiscalización en un órgano político como el Congreso no deben tener cuestionamiento alguno que se encuentre pendiente de resolver. Añade que con tal medida se persigue la recuperación de la legitimidad ciudadana del Parlamento.

FUNDAMENTOS

B. LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA EN EL ARTÍCULO 93º DE LA CONSTITUCIÓN

6. Para entender adecuadamente la inmunidad parlamentaria, es imprescindible que se pueda captar cómo ella está relacionada con el mandato parlamentario, para así darle el sentido que le corresponde; por ello debe tenerse en cuenta la clásica definición del derecho parlamentario, como una forma de táctica política en una doble acepción: como arte de conducir y ordenar la labor parlamentaria y como modo de obrar en la Cámara⁴.

La Norma Fundamental, en el tercer párrafo de su artículo 93º, establece que:

(...) No pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento.

A partir de dejar sentados los conceptos de la actuación congresal, recién podrá encontrarse el cabal sentido que adquirirá tal inmunidad parlamentaria, siempre en relación directa con la protección de la democracia que, la como está concebida en la Constitución (artículo 3º), es un principio rector de aquélla.

§1. Inmunidad parlamentaria, mandato parlamentario e inviolabilidad de votos y opiniones

7. La función congresal está en íntima correspondencia con la función -mejor dicho, las funciones- que la Constitución le ha otorgado al Poder Legislativo (atribuciones nítidamente contempladas en el artículo 102º de la Constitución).

4 BENTHAM, Jeremías. *Tácticas parlamentarias*. Madrid, Congreso de los Diputados, 1991. p. 61.

Lo primero que ha venido a señalarse con respecto a la actividad que realizan los congresistas es que estos tienen un mandato que cumplir, en tanto representantes idóneos de la población. El mandato representativo que ostentan no tiene el carácter de exigencia que puede surgir, por ejemplo, en el Derecho Privado con relación al mandante respecto al mandatario, sino que tiene una naturaleza singular: los parlamentarios se desligan de quienes los eligen, de los partidos de los cuales son parte y de las presiones de las que pueden ser objeto.

Así lo contempla el artículo 93º de la Constitución en su primer párrafo, que a la letra dice

Los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación (...),

norma que ha sido reiterada en el artículo 14º del Reglamento del Congreso.

8. Al respecto, este Colegiado debe precisar que si bien el congresista es independiente y autónomo en sus decisiones, su actuación no puede desligarse temeraria e irreflexivamente del partido político del cual provino o lo acogió; en tal dirección apunta el artículo 35º de la Norma Fundamental, según el cual,

Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica.

La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general.

De esta manera, la importancia del fortalecimiento de los partidos políticos en un Estado democrático y social de derecho como el nuestro, se impone y reconfigura la autonomía reconocida al Congresista, atendiendo al presupuesto de la propia estabilidad institucional, soporte de una verdadera democracia representativa.

El punto medio entre la independencia y la pertenencia de los parlamentarios a los partidos políticos es condición *sine qua non* para desterrar las prácticas de transfuguismo que tanto afectaron el normal funcionamiento del Congreso de la República, máxime si con tal acontecimiento se trunca la voluntad popular, puesto que, según el artículo 176º de la Constitución, el Estado debe asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos.

9. Regresando al tema del mandato representativo, es claro que si bien el congresista no responde directamente con el grupo de población que lo eligió, puesto que

(...) aunque ni el pueblo en su conjunto, ni sus electores uno por uno, pueden darle instrucciones, sin duda responde políticamente ante el correspondiente

grupo de referencia al que debe su mandato (...). de una ejecutoria correcta y ajustada a los intereses en juego⁵,

tiene no obstante una enorme responsabilidad con la nación en su conjunto, ya que como bien lo ha expresado el artículo 45º, todo tipo poder proviene del pueblo, y claro está, se ejerce con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y la ley establecen.

Además, conviene enfatizar que

Los Parlamentos suelen calificarse también como órganos representativos. Este último concepto, aunque de naturaleza política, aparece dotado de relevancia jurídica, toda vez que las Asambleas parlamentarias (...) responden a un 'principio representativo' que determina los criterios de su composición⁶.

Esta capacidad de actuación de los congresistas habrá de verse legitimada con una correcta función que se le asigne al Parlamento en su conjunto. En tal entendido,

La labor correcta de una asamblea representativa no consiste en gobernar (...), sino en vigilar y controlar al gobierno: poner sus actos en conocimiento del público, exponer y justificar todos los que se consideren dudosos por parte del mismo; criticarlos si los encuentra censurables (...)⁷.

Representar al pueblo no significa únicamente cumplir con las clásicas funciones parlamentarias (básicamente, legislar), sino que implica reforzar aún más su actividad controladora. Y para ello debe estar plenamente legitimada con el respaldo popular; es ahí donde se conecta el mandato representativo con la inmunidad parlamentaria.

10. Como parte del mandato parlamentario, la Constitución reconoce la inviolabilidad de votos y opiniones, que también está desarrollada en el artículo 93º, pero en el párrafo segundo (reiterada en el artículo 17º del Reglamento del Congreso):

(...) No son responsables (los congresistas) ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones (...).

Su relación con la inmunidad parlamentaria es innegable, tal como lo han advertido los demandantes:

Inviolabilidad e inmunidad son las llamadas prerrogativas de los congresistas, y tienen que finalidad protegerlos y proteger al órgano al cual pertenecen de las arbitrariedades del abuso de los otros Poderes del Estado. Protegen a los congresistas porque tienen un fuero especial del que sólo pueden ser despojados por su propio

5 SCHENEIDER, Juan P. "El régimen parlamentario". En: BENDA, Ernesto y otros. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 2001. 2ª Ed. p. 342.

6 PUNSET, Ramón. *Estudios Parlamentarios*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 10.

7 MILL, John Stuart. *Consideraciones sobre el Gobierno representativo*. México, 1966. pp. 96-97.

órgano. Protegen al Congreso porque le permiten trabajar sin obstáculos colocados por terceros⁸.

11. La prerrogativa de la inviolabilidad puede llegar a constituir una ‘indemnidad funcional’, mediante la cual el parlamentario queda eximido de toda responsabilidad penal⁹. En este entendido,

(...) la inviolabilidad es la única prerrogativa inherente a la función parlamentaria pues, sin exención de responsabilidad por sus opiniones, el Diputado carecería de libertad para expresarse sin restricciones, con lo que no podría ejercitar adecuadamente su mandato y el debate real dejaría de existir (...) ¹⁰.

Ahora bien, se impone realizar algunas precisiones sobre la protección que instituye la Constitución respecto a esta prerrogativa. Así, ella sólo tendrá validez cuando el parlamentario ejerza sus funciones. Existirán ámbitos en que éste responderá por lo que exprese.

12. La Constitución reconoce el derecho a la libertad de expresión para todas las personas, a través del artículo 2º, inciso 4). Pero también señala que tendrán responsabilidad ulterior quienes lo ejercen desmedida e indebidamente. Sin embargo, la restricción contemplada por el artículo 93º es una excepción a la regla general; pero, como excepción, también habrá de ser interpretada limitadamente y no extensivamente.

Este Colegiado insiste en afirmar que la inviolabilidad de votos y opiniones de los congresistas, sólo será amparada constitucionalmente cuando se haga, como lo señala el artículo 93º, ‘en el ejercicio de (sus) funciones’. No podrán tener amparo las declaraciones ante los medios de comunicación respecto a temas de la realidad nacional, proclamación que inclusive pueda ser realizada dentro del recinto parlamentario. La protección se restringe a las expresiones hechas en el ejercicio de la función parlamentaria.

§2. Inmunidad parlamentaria como garantía institucional del Parlamento

13. Detallado el marco en el cual se reconoce constitucionalmente la inmunidad parlamentaria, a la luz del estatuto de los parlamentarios, ahora será conveniente esclarecer a qué se refiere esta inmunidad. Hay que recordar, además, que según la propia Constitución, tienen una protección similar el Defensor del Pueblo (artículo 161º) y los magistrados del Tribunal Constitucional (artículo 201º).

En primer lugar, conviene señalar que su contenido no tiene una amplitud irrestricta. Atendiendo a las limitaciones que ha venido sufriendo el *interna corporis acta*, se ha

8 Demanda (fojas 16 del Expediente).

9 BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires, Ediar, 2001. 2ª reimpr. tom. III, p. 80.

10 FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido. *El juez natural de los parlamentarios*. Madrid, Cívitas, 2000. p. 17.

aceptado que los ámbitos de exención y privilegio que cubren a las Cámaras deben estar sujetos a los condicionamientos que la propia Constitución impone, y cuyo fin es acercar el Parlamento a la población, igualando a los que son congresistas con los que no lo son. El *interna corporis acta sólo tendrá vigencia* cuando el parlamentario realice una actividad estrictamente congresal, y no más allá. En este esquema se aprecia una renovada institución de la inmunidad parlamentaria.

14. Este Colegiado ha venido a definir, la inmunidad parlamentaria, en el fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 0006-2003-AI/TC, como una garantía procesal penal de carácter político de la que son titulares los cuerpos legislativos de un Estado a favor de sus miembros, de forma tal que estos no puedan ser detenidos ni procesados penalmente, sin la aprobación previa del Parlamento. Su objeto es prevenir aquellas detenciones o procesos penales que, sobre bases estrictamente políticas, pretendan perturbar el debido funcionamiento del Congreso o alterar su conformación.

Asimismo, en la sentencia del Expediente N.º 1011-2000-HC/TC (fundamento 1), se ha dicho que la inmunidad parlamentaria es

(...) una prerrogativa de los miembros del Poder Legislativo, consistente en la imposibilidad de que sean procesados o detenidos salvo flagrante delito previo levantamiento de la inmunidad por parte del correspondiente Poder Legislativo. De este modo, se configura como un impedimento procesal para la apertura de la instrucción penal, cuya estricta observancia constituye un elemento de especial importancia del procedimiento preestablecido por la ley y, desde tal perspectiva, como atributo integrante del derecho al debido proceso.

La inmunidad parlamentaria opera tan sólo respecto de delitos comunes; para los funcionales existe la acusación constitucional, prevista en el artículo 99º de la Constitución y desarrollada en el artículo 89º del Reglamento del Congreso.

15. En conclusión, lo que se reconoce constitucionalmente como inmunidad parlamentaria son las inmunidades de arresto y proceso.

Es posible entender ésta, entonces, como una garantía que busca proteger la libertad personal de los parlamentarios contra detenciones y procesos judiciales que tienen una evidente motivación y finalidad política. Con dicha protección se salvaguarda la conformación y funcionamiento del Parlamento. Por ello, corresponde al Poder Legislativo efectuar la valoración de los móviles políticos que puedan existir a través del procedimiento de levantamiento de la inmunidad parlamentaria, a fin de garantizar la autonomía del Parlamento y la plena vigencia del principio de separación de poderes (artículo 43º de la Constitución).

Si la finalidad de la inmunidad parlamentaria está destinada fundamentalmente a la constitución y funcionamiento del Congreso, entonces, la inmunidad no puede considerarse como un derecho o una prerrogativa individual de los congresistas, sino como una garantía institucional del Parlamento que protege la función congresal y al propio Poder Legislativo; es decir, se trata de una prerrogativa institucional.

16. Pero, ¿qué significa que sea la inmunidad parlamentaria una garantía institucional para el funcionamiento del Parlamento?

Una garantía institucional es, tal como lo ha dejado establecido el fundamento 53 de la sentencia del Expediente N.º 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC,

(...) una fórmula constitucional que permite asegurar una especial salvaguarda de ciertas instituciones.

Esto supone que

(...) no es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional contra la supresión legislativa, según es característico de la garantía institucional¹¹.

Por tales razones, para que funcione correctamente el Parlamento es necesario dotarlo de ciertos mecanismos que así lo permitan. Y uno de ellos es, precisamente, la inmunidad parlamentaria, o la *freedom from arrest or molestation*, además de la ya nombrada inviolabilidad de voto y opiniones (*freedom from speech*).

17. La inmunidad parlamentaria, por tanto, sólo tendrá sentido si coadyuva con el funcionamiento del Congreso, lo que está en íntima relación con el desarrollo democrático de un país, sobre todo si éste tiene una estructura política en formación.

(...) Representación democrática significa la actualización y la manifestación de la identidad misma del pueblo, sita en los ciudadanos, y significa asimismo la actualización la manifestación de una cierta idea, viva en la conciencia de los ciudadanos, sobre cómo deben tratarse las cuestiones generales y cómo debe llevarse a cabo la mediación entre las necesidades e intereses y lo general. Está presente cuando, en la acción de los representantes, en sus reflexiones, en sus decisiones y en sus consultas al pueblo, los individuos reconocen su propio yo como ciudadanos (*citoyen en sí*) y el pueblo reconoce su propia identidad (*volonté générale*)¹².

Pero, ¿qué pasaría si la inmunidad parlamentaria atenta o no contribuye con el ejercicio democrático del Estado y, por el contrario, se convierte en un factor de deslegitimización del Congreso? Es evidentemente ahí cuando la inmunidad deja de tener sentido y, por el contrario, desacredita el actuar de uno de los Poderes del Estado.

Por eso es necesario compatibilizar la garantía institucional de la inmunidad parlamentaria con su fin democrático:

Junto a la liberación ideológica y económica, la liberación política, que acompaña al Estado moderno, y que será el fundamento de su legitimidad, en este paradigma de las relaciones entre ética, poder y Derecho, en la

11 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 1982. p. 177.

12 BÖCKENFORDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, Trotta, 2000. p. 151.

perspectiva ilustrada del Estado social y democrático, será una ideología de sociedad abierta (...). Expresa esa moralidad procedimental (...) que permitirá el ejercicio libre de la autonomía moral y la elección de planes de vida¹³.

No es posible diferir que la Constitución debe ser interpretada de manera coherente, unitaria y con eficacia integradora. La inmunidad parlamentaria, por ello, no puede concebirse como una entidad aislada dentro del cuerpo constitucional. Únicamente adquiere significado si se le conjuga con la democracia (artículo 3º), con la configuración del Estado social y democrático de derecho (artículo 43º) y con el poder constitucional y democrático (artículo 45º).

18. A propósito de ello, probablemente sea adecuado repotenciar los mecanismos que la Constitución provee para que el Parlamento refuerza su vital rol institucional, cual es el de ser verdadero canal y puente entre las aspiraciones ciudadanas y las políticas gubernamentales. De esta forma,

(...) en la democracia contemporánea la intermediación es todo un oficio que se necesita construir conforme lo demanden las sensibilidades del momento, sin recetas generales (...). Al parecer, el secreto de una eficaz y permanente representación se vincula a la destreza de cada estructura parlamentaria por desentrañar, recoger y reencontrarse con el rostro plural de la sociedad¹⁴.

La confianza que la población tenía en el Congreso de la República era reducida. Dos encuestas nos pueden dar luz sobre lo que se está afirmando. Según la realizada por el Grupo de Opinión Pública de la Universidad de Lima, durante julio de 2006, tan sólo llegaba a confiar en el Poder Legislativo el 17,8% de los entrevistados: el 80,2% no lo hacía¹⁵. Y las cifras eran similares a las del Instituto de Opinión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vertidas en el mes de junio de ese mismo año: tenía poca o ninguna confianza en el Congreso, el 18%; mucha o alguna, el 81%¹⁶.

Como se puede observar, la credibilidad del Congreso cuando empezaron a regir las modificaciones reglamentarias era bastante baja. Eso implicaba la necesidad de hacer modificaciones drásticas al sistema normativo del estatuto del Congresista, siempre, sin contravenir, claro está, las normas constitucionales.

19. Adicionalmente, es pertinente revisar la práctica parlamentaria respecto al levantamiento de la inmunidad parlamentaria. Al respecto, el demandante asevera que

13 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Ética, poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995. p. 86.

14 PLANAS, Pedro. *Parlamento y gobernabilidad democrática en América Latina*. Lima, Fondo Editorial del Congreso, 2001. t. I, pp. 39, 40.

15 Encuesta. Universo: 500 personas. Lugar: Lima Metropolitana.
[http://www.ulima.edu.pe/webulima.nsf/default/1090CF4DC0FE8CB905256E630017BCEC/\\$file/baro metro_jul_2006.pdf](http://www.ulima.edu.pe/webulima.nsf/default/1090CF4DC0FE8CB905256E630017BCEC/$file/baro metro_jul_2006.pdf).

16 Encuesta IOP. Universo: 549 personas. Lugar: Lima y Callao.
<http://www.pucp.edu.pe/encuestas/EncuestaOpinion7-II.pdf>.

Para los delitos no-funcionales el único requisito es la venia de la Cámara. Ejemplos: los desafueros políticos de Augusto Durand o de Samanez-Ocampo (1910); el desafuero del diputado Luis González Orbegoso (al poco tiempo amnistiado) a instancia del Juez Cesáreo Vidalón en 1933 por delitos contra la vida –asesinato- en agravio del teniente Manuel Muñiz Martínez y del mayor Barreda; los desafueros de Reynaldo Saavedra Piñón y Lora en igual año, acusados de subversión; el desafuero del inocente diputado aprista Alfredo Tello Salavarría (1947), acusado calumniosamente del asesinato de Francisco Graña Garland el desafuero de Dongo Garay procesado por delito contra la vida en agravio del guardia Rodolfo Fernández en 1948¹⁷.

Frente a tan luctuosos avatares ocurridos en el siglo pasado, conviene recordar cómo se comportó el Congreso electo el quinquenio anterior cuando resolvió los casos de levantamiento de inmunidad parlamentaria. La reseña es de lo más variopinta:

De las 41 solicitudes que llegaron al Congreso para el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, *tan sólo dos fueron declaradas procedentes*. Y son ciertamente esas dos las que mayor interés concitaron en la prensa y en la sociedad civil. El caso del congresista González Salazar fue conocido debido a que una cámara de televisión lo filmó mientras cometía el supuesto delito. La votación para el levantamiento de su inmunidad se llevó a cabo el 17 de diciembre de 2004, y votaron a favor del dictamen aprobatorio 95 congresistas; 2 se abstuvieron. El caso del congresista Torres Ccalla, que fue acusado de tentativa de violación de una menor de edad en el propio recinto congresal, concluyó con el levantamiento de su inmunidad, tras el allanamiento por parte de acusado, en la votación del 18 de enero de 2005, con 91 votos a favor y ninguno en contra.

20. Si bien el proceso de inconstitucionalidad se resuelve básicamente mediante un análisis abstracto de la validez de la norma, ocasionalmente puede servir también un estudio de las circunstancias habilitantes del caso.

La Constitución, como norma viva, requiere ser actualizada para que no quede desfasada de la realidad. Así, sin modificar el texto constitucional, su interpretación ha de efectuarse estrechamente unida con los intereses sociales. Y, tal como se puede observar en el caso parlamentario, las exigencias sociales sobre un correcto funcionamiento del órgano legislativo eran crecientes e insoslayables, lo que exigía la búsqueda de correctivos necesarios desde el punto de vista reglamentario.

Este Colegiado tiene una función ordenadora y pacificadora del ordenamiento jurídico y, por ende, puede basarse en hechos concretos para resolver sus casos de inconstitucionalidad. Por ello, en el fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 0002-2005-PI/TC, se dijo que

(...) se da contenido a la praxis del Tribunal Constitucional, en la garantía de las instituciones que subyacen al cuerpo constitucional y en la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales, lo que configura el parámetro básico de la labor jurídico-

17 Demanda (fojas 7 del Expediente).

política concreta de la justicia constitucional. Así, al afirmarse el principio jurídico de la supremacía jurídica y valorativa constitucional y el rol del Tribunal Constitucional como supremo intérprete, se ve reforzado el principio político de la soberanía popular, que es la base material que da impulso al proceso de maduración democrático-constitucional.

Asumiendo, por tanto, la interpretación social de la Constitución, este Colegiado estima conveniente partir de criterios objetivos para analizar las normas cuestionadas en el presente proceso, y así consolidar el sistema democrático del país.

C. LOS ÁMBITOS DE PROTECCIÓN DE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA

21. Bajo el parámetro antedicho, habrá de analizarse el ámbito de protección de la inmunidad parlamentaria en una doble vertiente.

La inmunidad sólo tendrá sentido si tiene como objeto proteger a los parlamentarios dentro de un proceso judicial que tiene carácter penal, y también desde que estos son elegidos como tales.

§1. Ámbito penal

22. Ante todo, este Colegiado estima conveniente precisar que la inmunidad parlamentaria solamente rige para los procesos penales:

Puesto que la inmunidad -diversamente de la inviolabilidad- tiene un ámbito exclusivamente penal, únicamente puede aducirse respecto de causas penales, no civiles, ni en relación a sanciones administrativas o disciplinarias, procedimientos todos ellos cuya apertura no requiere autorización previa de las Cámaras¹⁸.

Además, una interpretación de este tipo fluye naturalmente de lo que el propio artículo 93º señala, al expresar que el procesamiento puede desencadenar en una detención; es más, un límite al levantamiento de la inmunidad se produce cuando existe ‘delito flagrante’. Un amplio desarrollo de esta materia también se puede encontrar en la novedosa legislación procesal penal (artículos 452º y subsiguientes del Código Procesal Penal, aún no vigente plenamente).

23. Asimismo, el modificado artículo 16º del Reglamento del Congreso, en su segundo párrafo, expresa con bastante claridad lo que hemos venido afirmando:

(...) La inmunidad parlamentaria no protege a los Congresistas contra las acciones de naturaleza diferente a la penal, que se ejerzan en su contra (...).

En tal entendido, sólo tendrá validez la garantía institucional de la inmunidad parlamentaria cuando el congresista se encuentra sometido a un proceso penal respecto a delitos comunes.

Es más, antes de la modificación del mencionado artículo 16º se dejaba sentada una exigencia adicional: no era admisible una acusación por actos ‘derivados de (sus) actos privados’.

18 PUNSET, Ramón. Op. cit. p. 260.

§2. Ámbito temporal

24. El punto controvertido respecto al segundo párrafo del artículo 16.º del Reglamento del Congreso es el referido al ámbito temporal de la inmunidad parlamentaria. La norma señala que

La inmunidad parlamentaria no protege a los Congresistas contra (...) los procesos penales iniciados ante la autoridad judicial competente, con anterioridad a su elección, los que no se paralizan ni suspenden.

Entonces, surge la incógnita de hasta dónde puede protegerse la inmunidad parlamentaria. Exactamente, desde cuándo comienza a regir la mencionada garantía institucional.

25. Ante tal disyuntiva, los recurrentes sostienen que se afecta su derecho a la inmunidad parlamentaria. Enfatizan que ella protege tanto a los procesos penales iniciados con anterioridad a la elección como a los iniciados con posterioridad a la elección. Añaden que la disposición impugnada resultaría incongruente con lo expresado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0006-2003-AI/TC, puesto que

La norma impugnada ha establecido que la inmunidad parlamentaria no protege a los Congresistas respecto de los procesos penales iniciados antes de su elección, los cuales no se paralizan ni suspenden. Allí radica la restricción desproporcional de la inmunidad parlamentaria. Es desproporcional, por cuanto no abona a la finalidad que persigue la inmunidad. Cabe preguntarse, ¿acaso un proceso judicial iniciado antes de que el Congresista haya salido electo podría estar desprovisto del riesgo de ser empleado como un instrumento político de presión que atente contra el fuero congresal?¹⁹.

Frente a tales argumentos, el demandando considera que la disposición impugnada es plenamente constitucional porque el artículo 93º de la Constitución puede ser interpretado de dos maneras igualmente válidas desde la perspectiva constitucional. Una amplia, que protegería al congresista con la suspensión de los procesos penales iniciados con anterioridad a la elección, y otra estricta, que se fundamenta en que las prerrogativas deben ser interpretadas restrictivamente, más aún cuando constituyen un límite a la tutela jurisdiccional efectiva y al principio de igualdad, estando en juego la legitimidad del Parlamento ante la ciudadanía:

La inmunidad cubre un espacio de tiempo que va desde que los congresistas son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones. Sin embargo, se supone que es difícil decidir ‘cuándo son elegidos’ porque el término puede querer decir ‘el día siguiente de la votación’ o ‘el día de la proclamación’. Por consiguiente, estimamos que la protección tendría que entenderse que es desde que son elegidos. Consideramos que es mejor interpretar que la inmunidad comienza desde que se produce la elección, aunque el congresista estuviera en ese momento detenido.

19 Alegato del demandante (fojas. 121 del Expediente).

Debería salir libre y esperarse a la reunión del Pleno para que decida si autoriza o no la detención. Es mejor que la Constitución dijera que son inmunes ‘desde el día en que son electos’. La elección es constitutiva. La proclamación es declarativa²⁰.

26. De lo reseñado, este Colegiado estima que la cuestión a dilucidar es si la disposición impugnada afecta el ámbito constitucionalmente protegido (o contenido esencial de la garantía) previsto en el artículo 93º de la Constitución.

Este dispositivo es fundamental para posibilitar el correcto funcionamiento del Parlamento y hasta la fecha, como lo sostiene el demandado, ha tenido dos tratamientos que lo desarrollan legislativamente, toda vez que el texto constitucional no estableció expresamente si la inmunidad de proceso comprendía a los procesos penales iniciados con anterioridad a la elección. Así, hasta la reforma del artículo 16º del Reglamento del Congreso, el Poder Legislativo adoptó la protección amplia, conforme a la tradición parlamentaria del Perú. Asimismo, con la reforma, el Congreso de la República optó, conforme a los artículos 94º y 102º, inciso 1) de la Constitución, por el sentido de una protección estricta sobre la base de tres consideraciones:

- a) La inmunidad parlamentaria constituye un verdadero límite al principio de igualdad (toda vez que no se aplica por igual a todos los ciudadanos).
- b) También es una limitación a la tutela judicial efectiva.
- c) Es una excepción al Derecho Penal Común (pudiendo configurarse como un instrumento que tenga como consecuencia la impunidad).

27. Por ello, no es inconstitucional *per se* la interpretación estricta que el propio Congreso hubiese realizado en una materia que es interna y que tiene visos de ser una cuestión política no justiciable, ya que se trata de situaciones de excepción. Consecuentemente, este Colegiado estima que, conforme al artículo 93º de la Constitución, caben las dos posibilidades de protección (inmunidad de proceso amplia y estricta), y que corresponde al Congreso de la República adoptar cualquiera de ellas conforme a la natural evolución de las instituciones parlamentarias y al fin constitucional que se persigue.

De otro lado, también debe reforzarse la capacidad autorregulatoria del Congreso de la República cuando emite o modifica su Reglamento. Además, el artículo 94º señala explícitamente, retomando lo que se conoce como su autonomía normativa, que

El Congreso elabora y aprueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley; elige a sus representantes en la Comisión Permanente y en las demás comisiones; establece la organización y las atribuciones de los grupos parlamentarios; gobierna su economía; sanciona su presupuesto; nombra y remueve a sus funcionarios y empleados, y les otorga los beneficios que les corresponden de acuerdo a ley.

20 Demanda (fojas. 16 del Expediente).

En efecto, en ambas posibilidades interpretativas se protege el núcleo esencial de la garantía institucional de la inmunidad de proceso, esto es, la autorización del Congreso para levantar la inmunidad; en los dos casos el congresista está protegido. Lo que ocurre es que la extensión de la protección (todo proceso penal independientemente del momento de su inicio o sólo los procesos penales iniciados con posterioridad a la elección) es lo que conforma el contenido no esencial, sobre el cual el legislador ordinario tiene un amplio margen de regulación.

Pero, asimismo, este Colegiado considera que la disposición cuestionada es constitucional debido a que, ante la ausencia de un dispositivo afirmativo o negativo del artículo 93° de la Constitución, con relación a si la inmunidad de proceso comprende a los procesos penales anteriores a la elección, la frase restante de la cláusula señala lo siguiente: la protección se da

(...) desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones (...).

Puede entenderse, entonces, que la modificación del mencionado segundo párrafo del artículo 16° del Reglamento no contradice lo que tal norma expresa.

28. En este caso, el legislador democrático (la representación parlamentaria elegida para el periodo 2001–2006), decidió regular el contenido accesorio de la inmunidad de proceso autolimitándose en sus privilegios y regulando restrictivamente una situación de excepción, a fin de potenciar la legitimidad del Parlamento ante la ciudadanía.

Esto está en relación estrecha con lo que se ha venido afirmando con relación a la función vigorizante del sistema democrático por parte del Congreso y con los contornos de la *interna corporis acta* contemporánea. Así,

Para avanzar en el proceso de legitimación democrática en el Perú es necesario que la ciudadanía confíe en sus líderes políticos. A su vez, esto exige que los gobernantes tengan credibilidad frente a la opinión pública y a los ciudadanos. Por ello, el parlamento tiene una labora fundamental en las acciones necesarias para consolidar la democracia que son indispensables para asegurar la gobernabilidad democrática. Las normas que están siendo cuestionadas en este proceso son algunas de las medidas que el Congreso ha empezado a adoptar para recuperar la confianza ciudadana y contribuir así a la institucionalidad democrática y a la gobernabilidad²¹.

La inmunidad parlamentaria debe estar acorde con las necesidades de legitimación democrática del Congreso. Es por ello y por las consideraciones expuestas, que este Colegiado considera que la norma impugnada no vulnera el ámbito constitucionalmente protegido por el artículo 93° de la Constitución.

29. De otro lado, la protección contra el arresto sólo comienza con la elección, es decir, desde que el Jurado Nacional de Elecciones proclama al congresista electo. En nuestro ordenamiento jurídico, antes de la proclamación el candidato no está protegido.

21 Alegato del demandado (fojas 136 del Expediente).

Ahora bien, si la protección contra el arresto o detención, que tiene fundamental incidencia en la conformación del Congreso, sólo empieza con la proclamación, entonces, se justifica que la inmunidad de proceso comprenda a los procesos penales iniciados con posterioridad a la elección, independientemente de la fecha de la comisión del delito (si el supuesto delito se cometió antes de la proclamación pero no se inició el proceso penal, entonces el congresista electo quedará protegido por la inmunidad de arresto y se deberá solicitar el levantamiento del fuero parlamentario).

Asimismo, es claro que si bien el proceso penal iniciado con anterioridad a la proclamación del congresista, por mandato del segundo párrafo del artículo 16º del Reglamento del Congreso, continuará después de la elección, la inmunidad de arresto se mantiene y sólo procederá su detención si el Congreso lo autoriza, constituyéndose tal garantía en un límite a la regla del segundo párrafo del artículo 16º del Reglamento del Congreso.

30. Finalmente, debe destacarse que también se ha discutido en el presente proceso²² sobre si es factible, o no, la suspensión de la prescripción de la acción penal en el caso de los congresistas protegidos por la inmunidad de proceso. Al respecto, el artículo 84º del Código Penal dispone que:

Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido.

Este Colegiado considera que este artículo de la normatividad penal es la norma aplicable para el caso de los Congresistas protegidos por la inmunidad de proceso.

D. EL LEVANTAMIENTO DE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA

31. Un último tópico relacionado con el tema de la inmunidad parlamentaria es el supuesto levantamiento. Es más, la demanda de inconstitucionalidad ha sido presentada con relación a los efectos del inicio del trámite de levantamiento.

Al respecto, los demandantes alegan que el literal d) del artículo 20º del Reglamento del Congreso vulnera su derecho de igualdad ante la ley (artículo 2º inciso 2 de la Constitución); y que los demás funcionarios aforados que gozan del derecho de antejuicio, no tienen semejante restricción en el desempeño de su función pública. Así, sostienen que el Presidente de la República o los Ministros de Estado involucrados en procesos judiciales penales dolosos no están impedidos de participar en los Consejos de Ministros. Sostienen también que la norma en cuestión restringe indebidamente la función congresal (artículo 92º de la Constitución).

Frente a ello, el apoderado del Congreso sostiene que la disposición impugnada no vulnera el derecho de igualdad ante la ley porque el principio de igualdad admite la distinción de trato atendiendo a la realidad de los hechos y siempre y cuando esta sea razonable. Afirma que la introducción del tratamiento diferente, amparado por la norma impugnada, da lugar a dos grupos de congresistas: aquellos comprendidos en

22 Audiencia del 7 de febrero de 2007.

procesos penales dolosos en los cuales la Corte Suprema de Justicia de la República ha solicitado el levantamiento de su inmunidad parlamentaria y aquellos que no se encuentran en tales supuestos. Refiere también que el tratamiento diferente está relacionado con la aplicación de una prohibición durante el ejercicio del mandato parlamentario. Así, haciendo un símil entre la actividad congresal y la función de los jueces (según el artículo 180º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para ser magistrado no hay que hallarse procesado por delito doloso común), el demandado afirma que

(...) resulta razonable que se establezcan similares impedimentos a quienes tienen algunas atribuciones que son propias de los que ejercen funciones jurisdiccionales. Las atribuciones materialmente jurisdiccionales de las Comisiones Investigadoras, Sub Comisiones de Acusación Constitucional, Comisiones Ordinarias que realizan investigaciones, entre otras, ha sido destacada en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...)²³.

De otro lado, asevera que, tomando en cuenta que la prohibición de participar en ciertas comisiones tiene un efecto temporal (mientras dure el procedimiento de levantamiento de inmunidad parlamentaria) y que no impide otros actos de control político (participa en la investidura del Consejo de Ministros, en la interpelación ministerial, en la invitación a ministros para informar, en la estación de preguntas, en la moción de censura, en la cuestión de confianza, en la solicitud de información a la Administración, en el pedido de vacancia del Presidente de la República, en el control sobre la legislación delegada, en el control sobre los decretos de urgencia y en el control sobre los tratados internacionales ejecutivos), se puede expresar que

(...) el grado de afectación de la función congresal resulta mínima si la comparamos con el grado de realización del objetivo de la prohibición establecida en el inciso d) del artículo 20º del Reglamento del Congreso de la República, que es evitar cuestionamientos a quienes conforman los órganos de fiscalización del Congreso, para impedir el desgaste de la credibilidad, imagen y prestigio de este Poder del Estado²⁴.

§1. Límites formales: un procedimiento establecido

32. El trámite de levantamiento de inmunidad parlamentaria tiene un recorrido preestablecido dentro del fuero congresal.

23 Alegato del demandado (fs. 129 del Expediente).

24 Contestación de la demanda (fojas 31 del Expediente).

Además, afirmando que el inicio del procedimiento de inmunidad parlamentaria no constituye una sanción, el apoderado del Congreso ha expresado que “(...) tal prohibición constituye una medida de carácter provisional que tiene la finalidad de lograr que la Comisión de Fiscalización u otra Comisión Ordinaria que actúe en ejercicio de su función fiscalizadora, la Comisión de Ética, así como la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales de la Comisión Permanente no sean objeto de cuestionamientos, que resten credibilidad y respaldo ciudadano a las importantes funciones que les corresponde desempeñar de acuerdo a la Constitución y al Reglamento del Congreso” [Contestación de la demanda (fs. 35 del Expediente)].

Éste debe ser escrupulosamente respetado cuando se intente levantar la inmunidad a un representante del Poder Legislativo.

33. El mismo artículo 16º *in fine* del Reglamento del Congreso expresa, con bastante precisión, cómo se ha de llevar a cabo el procedimiento del levantamiento de inmunidad parlamentaria. Éste es como sigue:

La petición para que se levante la inmunidad parlamentaria y se autorice a tramitar un proceso penal en contra de un Congresista, a que se refiere el tercer párrafo del artículo 93 de la Constitución Política del Perú, será formulada por una Comisión conformada por Vocales Titulares de la Corte Suprema de Justicia designada por su Sala Plena. Dicha Comisión evalúa que la solicitud de levantamiento de fuero que se presenta al Congreso de la República esté acompañada de una copia autenticada de los actuados, tanto en la investigación policial, fiscal y judicial; respecto del o de los supuestos delitos en los que estaría involucrado el Congresista. Dicho informe será presentado por escrito, acompañado de la solicitud de levantamiento de fuero, al Congreso de la República.

El procedimiento parlamentario es el siguiente:

1. Recibida la solicitud, la Presidencia del Congreso, dentro de las veinticuatro horas siguientes, la pone en conocimiento de la Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria compuesta por cinco (5) Congresistas elegidos por el Pleno del Congreso, con el voto de la mitad más uno de su número legal.

2. La Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria sin referirse al fondo del asunto, tiene un plazo de cuatro (4) días útiles para admitir la solicitud de levantamiento de inmunidad, o según sea el caso, pedir a la Corte Suprema de Justicia que se subsanen los defectos o vicios procesales de dicha solicitud y sus anexos.

La Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria evalúa los actuados y determina que sólo exista motivación de carácter legal y no de índole política, racial, religiosa o de otra naturaleza discriminatoria. Los pedidos que no se encuentren dentro de los supuestos establecidos en el presente artículo serán rechazados de plano y devueltos a la Corte Suprema de Justicia.

3. Admitida la solicitud, el Presidente de la Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria convoca a sesión dentro de los tres (3) días hábiles siguientes y cita al Congresista para que ejerza personalmente su derecho de defensa, pudiendo ser asistido por letrado. Se señalarán dos (2) fechas con intervalo de un (1) día para el ejercicio del derecho de defensa del parlamentario. La inasistencia del parlamentario no suspende el procedimiento.

4. La Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria dictamina en un plazo máximo de quince (15) días útiles, contados a partir del día siguiente de la realización de la sesión en la que se citó al Congresista denunciado para su defensa.

5. Dentro de los dos (2) días hábiles de emitido el dictamen por la Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria, el Consejo Directivo del Congreso lo consignará en la Agenda del Pleno de la sesión siguiente a la fecha de su recepción a

fin de someterlo al debate y votación correspondiente, la cual podrá realizarse en la misma sesión o a más tardar en la subsiguiente, a criterio del Presidente del Congreso.

El Congresista aludido en la solicitud de levantamiento de fuero tiene derecho a usar hasta 60 minutos en su defensa, en cualquiera de las instancias, recibir oportunamente el dictamen respectivo, la transcripción de las intervenciones que realice, así como ser asistido por letrado.

En cualquier estado del proceso de levantamiento de inmunidad parlamentaria, el parlamentario podrá allanarse al requerimiento formulado por la Corte Suprema de Justicia; previa autorización del Congreso.

El levantamiento del fuero procede con los votos conformes de la mitad más uno del número legal de Congresistas.

Lo resuelto por el Pleno es comunicado a la Corte Suprema de Justicia.

34. Pero, ¿cuál es la conducta que asume el Congreso en un pedido de levantamiento de inmunidad parlamentaria? Según el fundamento 6 de la sentencia del Expediente N.º 0006-2003-AI/TC, es uno estrictamente verificador de la ausencia de contenido político en la acusación. No es que pretenda acreditar la responsabilidad penal del recurrente, sino, tan sólo, descartar los móviles políticos que pudieran encontrarse encubiertos en una denuncia de ‘mera apariencia penal’.

De igual manera, en la sentencia emitida en el Expediente N.º 5291-2005-HC/TC, en los fundamentos 24 y 25, este Colegiado precisó que la regla general constitucional es clara al establecer que

(...) es indispensable la autorización del Congreso de la República para procesar penalmente a un Congresista de la República. Sin embargo, es posible diferenciar dentro de esta situación dos supuestos. El primero, cuando el proceso penal se pretende iniciar con posterioridad a la elección del Congresista denunciado. En este caso, siempre será necesario, para procesar al Congresista, requerir que el Congreso de la República levante la inmunidad parlamentaria y autorice el procesamiento.

El segundo supuesto, es aquel en el que a un ciudadano se le procesa y durante ese lapso resulta electo. En este caso, también se deberá solicitar el levantamiento de la inmunidad parlamentaria del Congresista electo, para procesarlo, salvo el caso de que el proceso penal venga durando en exceso (en este caso doce años y todavía se encuentra en primera instancia), y existan pendientes de resolver pedidos de extinción de la acción penal que favorezcan al Congresista de la República”.

En efecto, no habría necesidad de solicitar el levantamiento de la inmunidad si es manifiesta la extinción de la acción penal, puesto que en este caso el proceso penal debe archivar judicialmente.

§2. Límites materiales: la protección de derechos fundamentales

35. Frente a las cuestiones formales que han ido estableciendo, conviene poner de relieve ahora que el levantamiento de la inmunidad parlamentaria puede llegar a afectar los derechos fundamentales de los que son detentadores de ella. Tal ha sido la

lógica utilizada por el demandante cuando alega que la norma reglamentaria ha venido a afectar derechos de los congresistas.

El literal d) del artículo 20° del Reglamento del Congreso de la República dispone que:

Durante el ejercicio del mandato parlamentario los Congresistas están prohibidos:
(...)

d) De integrar la Comisión de Fiscalización y Contraloría, Comisión de Ética Parlamentaria y la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales de la Comisión Permanente, así como otras Comisiones Ordinarias que actúen en ejercicio de su función fiscalizadora, cuando se encuentren comprendidos en procesos penales dolosos en los cuales la Corte Suprema de Justicia de la República ha solicitado el levantamiento de su inmunidad parlamentaria.

En dicho supuesto, el Parlamentario presenta su inhibición ante la Comisión correspondiente.

En el caso de las Comisiones Ordinarias, distintas a la Comisión de Fiscalización y Contraloría, la ausencia por inhibición de los Congresistas Titulares será considerada como licencia para efecto de la referida investigación o fiscalización, la misma que no se hará extensiva para otros temas o asuntos a cargo de dicha Comisión Ordinaria, casos en los que seguirá participando como miembro titular.

Se arguye esencialmente que, tal como está configurada esta norma, se estarían afectando básicamente dos derechos: la igualdad ante la ley (asimismo, la función congresal) y la presunción de inocencia.

a. Derecho a la igualdad

36. Para este Colegiado, tal como se ha señalado en el fundamento 9 de la sentencia del Expediente N.º 0606-2004-AA/TC,

(...) el artículo 2º, inciso 2 de nuestra Constitución consagra, a su vez, el principio de igualdad y el derecho a la igualdad. La igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad. Por su parte, la igualdad, en tanto derecho, implica una exigencia individualizable que cada persona puede oponer frente al Estado para que éste lo respete, proteja o tutele.

Pero, a través del fundamento 58 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 0048-2004-AI/TC, se precisó que, contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, se está frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en la exigencia de ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.

La igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Por eso, su cumplimiento debe ser algo esencial en una norma como el Reglamento del Congreso.

37. Ya entrando al caso concreto, este Colegiado considera que el término de comparación propuesto por los demandantes (al equiparar las funciones de los Congresistas con las del Presidente de la República, de los ministros, del Defensor del Pueblo y de los magistrados del Tribunal Constitucional) no es el más adecuado, desde una perspectiva constitucional.

En efecto, el Presidente de la República y los Ministros cumplen otros cometidos constitucionales, y no gozan de las inmunidades de proceso y de arresto. Como este Tribunal tuvo oportunidad de precisar, en el fundamento 6 de la sentencia emitida en el Expediente N.º 0006-2003-AI/TC,

(...) entre la prerrogativa funcional del antejucio político y la inmunidad parlamentaria pueden establecerse distancias de orden formal y material. Las primeras señalan que, mientras todos los funcionarios que gozan de inmunidad (artículo 93º, 161º y 201º de la Constitución), tienen, a su vez, la prerrogativa de antejucio (artículo 99º), no todos los que son titulares de ésta, lo son de la inmunidad”.

Como ya se ha venido explicando *supra*, las funciones de los altos funcionarios del Estado admiten diferenciaciones en su trato, de modo que corresponde ahora explicar las similitudes entre la inmunidad que a estos alcanza y la inmunidad parlamentaria.

El término de comparación correcto es el que se establece entre los congresistas que están comprendidos en el supuesto de hecho de la norma cuestionada y los que no lo están.

Antes de entrar al análisis estricto de la igualdad, cabe señalar que, en lo que concierne a la supuesta limitación inconstitucional de la función congresal (artículo 92º de la Norma Fundamental), este Colegiado estima que tal restricción tiene una justificación objetiva y razonable, debido a que quienes ejercen las funciones de fiscalización en un órgano político como el Congreso, no deben tener cuestionamiento alguno que se encuentre pendiente de resolver, medida que persigue la recuperación de la legitimidad ciudadana del Parlamento.

38. Para ello, conforme al test de igualdad, desarrollado por este Colegiado en las sentencias recaídas en los Expedientes N.º 00045-2004-PI/TC y N.º 00004-2006-PI/TC, se procederá a verificar si la diferenciación introducida por las normas son válidas o constituyen una violación del derecho a la igualdad y una excesiva limitación a la función congresal.

i. Verificación de la diferenciación legislativa: En cuanto al primer paso, cabe mencionar que la situación jurídica a evaluar se encuentra constituida por la disposición que obliga a los parlamentarios a inhibirse de integrar la Comisión de Fiscalización y Contraloría, Comisión de Ética Parlamentaria y la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales de la Comisión Permanente, así como otras Comisiones Ordinarias que actúen en ejercicio de su función fiscalizadora, cuando se encuentren comprendidos en procesos penales dolosos en los cuales la Corte Suprema ha solicitado el levantamiento de su inmunidad parlamentaria. La situación jurídica que funcionará en este caso, como término de comparación, está constituida por las

normas del Reglamento del Congreso de la República que permiten a los demás congresistas participar en todas las comisiones, sin ninguna excepción. Por tanto, efectuado el respectivo examen, este Colegiado estima que las normas cuestionadas superan este primer nivel, toda vez que otorgan un tratamiento diferenciado a dos situaciones de hecho que, a su vez, resultan diferentes.

ii. Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad: Respecto de esta, cabe destacar que, al tratarse de una diferenciación que se funda en un motivo distinto al prescrito por la Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y que, además, tiene como consecuencia una limitación de la función parlamentaria, se verifica que la intervención normativa tiene una intensidad leve.

iii. Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación: En cuanto a ello, debe mencionarse que el demandado sostiene que la medida se justifica debido a que quienes ejercen las funciones de fiscalización en un órgano político como el Congreso no deben tener cuestionamiento alguno que se encuentre pendiente de resolver, medida que procura la recuperación de la legitimidad del Parlamento frente a la ciudadanía. El Tribunal estima que el fin perseguido tiene sustento en el artículo 43º de la Constitución que reconoce el principio de representación política como pilar del Estado democrático, de manera que la recuperación o preservación de la legitimidad del Parlamento frente a la población y la búsqueda de la confianza ciudadana son vitales en el Estado constitucional y en el actual sistema democrático. En consecuencia, las normas cuestionadas superan el tercer paso del test de igualdad.

iv. Examen de idoneidad: En este punto, es necesario recordar que se refiere a una relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención, y el fin que busca la medida. En ese sentido, este Colegiado estima que tal relación existe. Debe continuarse, entonces, con el siguiente paso.

v. Examen de necesidad: En lo que a este examen se refiere, cabe mencionar que en el presente caso, tratándose de normas que establecen a un trato diferenciado que se funda en un motivo distinto al prescrito por la Constitución (artículo 2º, inciso 2) y que se refieren a la limitación del ejercicio de la función congresal, se aprecia que la materia objeto de regulación exige un juicio de igualdad flexible puesto que, tratándose de la regulación de la participación de los congresistas en las comisiones, la Constitución otorga al Parlamento una amplia libertad de configuración. Así, por ejemplo, cuando el artículo 35º del Reglamento del Congreso limita la participación de los congresistas a un determinado número de comisiones ordinarias, no se anula la función congresal. A juicio de este Colegiado, la necesidad de la medida legislativa se justifica, puesto que no es manifiesta y evidentemente innecesaria; sólo constituye una limitación parcial y temporal, toda vez que los congresistas pueden participar en todas las otras comisiones.

vi. Examen de proporcionalidad en sentido estricto: Finalmente, en cuanto a este análisis, debe precisarse que exige la comparación entre dos pesos o intensidades: 1) aquél que se encuentra en la realización del fin de la medida legislativa diferenciadora; y, 2) aquél que radica en la afectación del derecho o bien de que se

trate, de manera tal que la primera de estas deba ser, como se ha mencionado, por lo menos, equivalente a la segunda. En el presente caso, la finalidad que se persigue con la medida temporal de limitación de la participación en determinadas comisiones, (esto es, generar mayor legitimidad del Congreso, en relación con la población, al establecer que la conformación de las comisiones que tiene que ver con la función fiscalizadora no sea objeto de ninguna duda), traerá amplias ventajas para la optimización del principio representativo. Asimismo, considerando que la función congresal es objeto de este tipo de limitaciones (artículo 35° del Reglamento del Congreso), este Colegiado considera que la intervención en el derecho a la igualdad y en la limitación de la función congresal no es grave. En ese sentido, siendo mayor la realización u optimización del fin constitucional y menor la intervención o afectación de la igualdad y de la función congresal, se ha superado el test.

39. En concordancia con lo que se acaba de expresar, en el fundamento 26 de la sentencia emitida en el Expediente N.º 5291-2005-HC/TC este Colegiado ya ha venido señalando en su jurisprudencia que la inmunidad protege al congresista y permite que el Congreso de la República ejerza el normal desarrollo de sus funciones, pero siempre con una base de razonabilidad.

Y es que, como se ha expresado, la diferenciación realizada por el Reglamento del Congreso, respecto a parlamentarios a los que se les ha iniciado el procedimiento de levantamiento de inmunidad y a otros a quienes no se le ha sometido a tal procedimiento es totalmente razonable y plenamente compatible con el fortalecimiento del principio democrático en el ejercicio de la función congresal, de conformidad con el artículo 43° de la Norma Fundamental.

De todo ello puede concluirse que no hay vulneración de los artículos 2º, inciso 2) y 92º de la Constitución.

b. Derecho a la presunción de inocencia

40. El derecho a la presunción de inocencia ha sido analizado por este Colegiado en múltiples ocasiones.

En la sentencia recaída en el Expediente N.º 10107-2005-HC/TC (fundamentos 2, 3, 4 y 7) se señaló que el fundamento de este derecho se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) así como en el principio *pro homine*. Y es, en efecto, a partir de esta declaración, que se llega a afirmar que la presunción de inocencia no es un derecho absoluto, sino relativo, motivo por el cual, en nuestro ordenamiento, se admiten determinadas medidas cautelares personales (como la detención preventiva o detención provisional), sin que ello signifique su afectación, siempre, claro está, que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Es importante señalar, además, que parte de esa relatividad del derecho a la presunción de inocencia se vincula con el hecho de que dicho derecho incorpora una presunción *iuris tantum* y no una presunción *iure et de iure* o absoluta, de lo cual se deriva, como lógica consecuencia, que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria.

**EXP. N° 00013-2009-PI/TC
MÁS DEL 25% DEL NÚMERO LEGAL DE MIEMBROS
DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

CASO

El 6 de mayo de 2009, treinta y un congresistas de la República radicaron ante el Tribunal constitucional una demanda de inconstitucionalidad con el objeto de que se deje sin efecto el artículo 2° de la Resolución Legislativa N.º 008-2007-CR, mediante la cual se modifica el artículo 25° del Reglamento del Congreso de la República.

Los demandantes sostienen que el actual artículo 25° del Reglamento del Congreso, en la parte que regula el reemplazo del congresista suspendido por el Pleno del Congreso de la República por el accesitario, atenta contra el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución referido al principio de igualdad ante la ley, así como contra los artículos 90°, 93°, 2° inciso 17) y 106° de la Carta Magna.

Alegan que con la referida modificación se agrega un requerimiento innecesario que consiste en que para que se produzca la incorporación de un congresista accesitario en reemplazo de otro congresista suspendido por las causas que en la norma se especifican se tenga que pasar por la voluntad de la mayoría calificada del Pleno del Congreso de la República, lo que atenta contra lo dispuesto en el artículo 90° de la Constitución que establece en 120 el número legal de congresistas supeditando el mandato de la Constitución a una decisión de voluntad política, sin que exista razón alguna para que el llamado se realice. Añaden que el actual artículo 25° del Reglamento del Congreso que se impugna impide el ejercicio efectivo del derecho a la representación que se reconoce en los artículos 2° inciso 17) y 93° de la Constitución Política.

Por otro lado añaden que se ha transgredido el artículo 106° de la Constitución toda vez que la modificación del artículo 25° del Reglamento del Congreso se aprobó con una votación menor a la requerida para la aprobación de una ley orgánica.

Finalmente aducen que durante el periodo comprendido entre los años 2006 al 2008 el Pleno del Congreso de la República ha suspendido a dos congresistas —Elsa Canchaya Sánchez y Tula Benítez Vásquez— y en ambos casos se llamaron a los accesitarios para que los reemplacen, siendo que para el reemplazo de la Congresista Tula Benítez Vásquez se le aplicó la disposición complementaria única (mediante la Resolución Legislativa N.º 008-2007-CR que aprobó la modificación del artículo 25 del Reglamento del Congreso de la República que ahora se impugna también se aprobó la disposición complementaria única que a la letra dispone que: “Las presentes modificaciones al Reglamento del Congreso de la República no resultan de aplicación a los hechos, situaciones jurídicas o procesos relativos al Estatuto de los Congresistas, o al procedimiento de acusación constitucional, previos a su entrada en vigencia”), que fue aprobada con el propósito de evitar que, en su momento, el partido de gobierno se quedara sin un congresista menos que reemplazara a la suspendida en

previsión a una eventual votación negativa en el Pleno del Congreso de la República; y sin embargo el suspendido congresista José Anaya Oropeza no ha sido reemplazado por el accesitario pues al consultarse al Pleno del Congreso en sesión del 15 de enero de 2009, sorprendentemente negó el referido reemplazo.

Luego de admitida la demanda el apoderado debidamente acreditado del Congreso de la República la contesta y solicita que ésta sea declarada infundada, afirmando que la regulación normativa del reemplazo temporal de un congresista por el accesitario es una opción legislativa de configuración legal y no constitucional en la medida en que la Constitución no aborda el concepto del accesitario. Aduce también que tal figura no ha sido recogida por la Constitución Histórica ni se encuentra en la Ley Orgánica de Elecciones de modo que su regulación discurre en el ámbito de la discrecionalidad del legislador por lo que el vigente artículo 25° del Reglamento del Congreso de la República no resulta inconstitucional. Agrega que en las anteriores versiones del artículo 25° del Reglamento del Congreso de la República que estuvieron vigentes antes de la modificación que ahora se impugna no se incluyó el reemplazo temporal del congresista suspendido por el accesitario, abonándose la tesis de que de lo que se trata es de un asunto de opción legislativa, tal como por ejemplo lo es la regulación del trámite de segunda votación para la aprobación de los proyectos de ley y la exoneración de dicho trámite mediante acuerdo de la Junta de Portavoces dispuesto en el artículo 73° del Reglamento del Congreso, respecto del cual el Tribunal Constitucional en sentencia recaída en el Expediente 0008-2008-PI/TC señaló que dicho trámite constituye una opción legislativa y no un requisito constitucional.

Asimismo alega que el Congreso de la República, atendiendo a la necesidad de prever mecanismos adecuados en búsqueda del reforzamiento de su rol institucional, sustentándose en la necesidad de preservar su legitimidad, prestigio e imagen, que resultan vitales para la democracia, es que se ha considerado facultar al Pleno del Congreso de la República para aprobar o denegar el reemplazo temporal del congresista suspendido por el accesitario; y que para tal efecto se deberá, por ejemplo, considerar los antecedentes de este último o apreciar el cambio de su ideología o su discrepancia abierta respecto de los programas del partido político por el cual fue elegido o percibir el hecho de que ha asumido una ideología política incompatible con los principios de soberanía del pueblo, Estado Democrático o la forma republicana de gobierno, entre otros supuestos. Adicionalmente, añade, se pueden prever otras situaciones que no implican que la ausencia del llamado al accesitario suponga una vulneración de la Constitución, como, por ejemplo, cuando el congresista es suspendido conforme a lo dispuesto en el artículo 95° de la Constitución, o cuando se esté frente a una licencia prolongada por enfermedad, o cuando un congresista desempeña la función de Ministro de Estado.

Por otro lado, argumenta la parte demandada que atendiendo a la autonomía presupuestaria y el equilibrio presupuestal, el Congreso puede diferir en el tiempo la decisión de reemplazar temporalmente al congresista suspendido.

Advierte además que la alegada mala aplicación de la norma expuesta por los demandantes no la convierte en inconstitucional *per se* pues para ello existe otra vía procedimental que se ajustaría a la pretensión que es la del proceso de amparo.

Finalmente, respecto de la inconstitucionalidad por la forma, argumenta que ésta no se presenta pues la Constitución Política del Perú, en su artículo 94^o establece que el Congreso elabora y aprueba su reglamento, que tiene fuerza de ley y que no constituye una reserva de ley orgánica para efectos de su producción formal, aunque desde el punto de vista material el Reglamento equivale a una Ley Orgánica. Es en este sentido, asevera, que muchas de las modificaciones realizadas a su articulado se han efectuado con la votación de leyes ordinarias.

FUNDAMENTOS

§ 3. Consideraciones respecto al fondo

21. Aun cuando lo expuesto precedentemente es suficiente para declarar la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, este Tribunal estima oportuno recalcar que se encuentra habilitado para pronunciarse sobre el fondo de la controversia planteada porque así lo establece el inciso 4) del artículo 200^o de la Constitución Política del Perú.

3.1 Aspectos preliminares

22. Para abordar la materia planteada es preciso realizar un análisis del mandato representativo en el marco del Estado Democrático de Derecho y las prerrogativas de los congresistas de la República.

3.1.1 El mandato representativo parlamentario y la responsabilidad

En su origen histórico las prerrogativas instituidas a los congresistas (inviolabilidad, inmunidad, antejudicio) tuvieron como fundamento la necesidad de consolidar el principio de soberanía en manos del parlamento, de modo que la nación y con ello sus representantes o mejor dicho, la representación, no sucumbieran ante los embates del monarca. No obstante hoy el Parlamento, y con él todo el poder, está subordinado al principio de interdicción de la arbitrariedad y a la judiciabilidad de todos los actos de él emanados, de manera que las prerrogativas parlamentarias sólo se conciben conjugándolas con la integridad del marco constitucional: es decir con la democracia (artículo 3^o), con la configuración del Estado social y democrático de derecho (artículo 43^o) y con el poder constitucional y democrático (artículo 45^o).

23. Por otro lado, resulta evidente que tanto en sede del Parlamento como en sede del Poder Judicial, al momento de evaluar la posible judicialización o realizar el juicio de una actuación realizada por un alto funcionario, y en especial la realizada por uno que asume el cargo en función de la representación signada por la nación, como es el caso de los congresistas, puede, en virtud a la situación de la sospecha que nuestra comunidad actualmente le asigna —que no es lo mismo que la situación de abierto escrutinio de sus funciones— y que se traduce en un juicio de culpabilidad que se realiza en el decurso de la formación de la opinión pública a través de los medios de comunicación, verse afectada de manera tal que se pierda la objetividad necesaria para decidir; es también por ello que se estima conveniente que exista el aforamiento como una garantía institucional del mandato representativo, y que el reproche moral

del funcionario elegido sin existencia de incidencia penal o política deba ser apreciado por el ciudadano en las urnas.

24. Este Tribunal Constitucional aprecia que en los últimos años se han dado reformas legislativas con el fin de evitar que las prerrogativas de los congresistas, personales o institucionales, sean empleadas como un mecanismo que evite el accionar de la justicia en el caso que el congresista haya incurrido en un delito común o de función; sin embargo no cabe duda que el reproche moral, que no tiene espacio en el ámbito de lo penal, sobre todo si se entiende que este atiende al principio de intervención mínima, es la última *ratio*.

25. En efecto, este Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. 00026-2006-PI/TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse a propósito de la impugnación del artículo 16 del Reglamento del Congreso de la República que regula el procedimiento para el levantamiento de la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria. En aquella ocasión se pronunció sobre el mandato legislativo en atención a los deberes y derechos de los congresistas como pilar para el sostén de las prerrogativas entendidas como garantías para el ejercicio de la función de representación, tanto desde la dimensión personal como desde la dimensión funcional institucional.

26. El mandato representativo expresado en el artículo implica que si bien el congresista no responde directamente al grupo de población que lo eligió, puesto que “(...) aunque ni el pueblo en su conjunto, ni sus electores uno por uno, pueden darle instrucciones, sin duda responde políticamente ante el correspondiente grupo de referencia al que debe su mandato (...). de una ejecutoria correcta y ajustada a los intereses en juego” (*cf.* STC 00026-2006-PI/TC, fundamento 9 y SCHENEIDER, Juan P. “El régimen parlamentario”. En: BENDA, Ernesto y otros. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 2001. 2ª Ed. p. 342), tiene, no obstante, una enorme responsabilidad con la nación en su conjunto, ya que como bien lo ha expresado el artículo 45º, todo poder proviene del pueblo, y claro está, se ejerce con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y la ley establecen.

27. Es entonces que, siempre dentro del marco del ejercicio del mandato representativo como manifestación del poder, los altos funcionarios, entre los que se encuentran los Congresistas de la República, están protegidos ante cualquier tipo de ataques injustificados que puedan hacerlos desatender sus principales cometidos funcionales. Por ello, en la Constitución se han establecido diversas formas de protección, como la exención de arresto y juzgamiento para los congresistas, la irresponsabilidad ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones (inmunidad e inviolabilidad: artículo 93º) y la acusación constitucional por delitos de función o infracción constitucional (antejuicio y juicio político: artículos 99º y 100º); sin embargo, la vida en democracia exige que las prerrogativas o garantías que asuman estos altos funcionarios se compatibilicen con otros bienes e intereses que la propia Constitución y la sociedad buscan. Es por ello que la protección para estos funcionarios debe guardar coherencia con la igualdad que tienen con el resto de peruanos, tal como está reconocida en la Constitución (artículo 2º, inciso 2). Sólo en la medida que la prerrogativa proteja a la

persona por la función que cumple en la sociedad, podrá ser aceptado algún tipo de protección especial desde el punto de vista constitucional.

28. Este desarrollo conceptual encuentra su base en lo que significa el Estado democrático y social de derecho. Como bien lo ha señalado la sentencia recaída en el Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, en su fundamento 13.c,

Desde esta perspectiva, la democracia ostenta una función dual: método de organización política del Estado, es decir, método de elección y nombramiento de sus operadores, y mecanismo para conseguir el principio de igualdad en el ámbito social. Así, el principio democrático no sólo garantiza una serie de libertades políticas, sino que transita e informa todo el ordenamiento jurídico-político, desde el ejercicio de las libertades políticas, pasando por la libertad de elección propia del libre desarrollo de la personalidad, hasta llegar, incluso, al seno mismo del núcleo duro de todos y cada uno de los derechos fundamentales. De modo que, aun cuando nuestra Constitución no lo establezca expresamente, el hecho de que exista una remisión al Estado democrático de derecho como una fuente de interpretación y también de identificación de los derechos fundamentales de la persona (artículo 3º de la Constitución), hace del principio democrático uno que trasciende su connotación primigeniamente política, para extenderse a todo ámbito de la vida en comunidad. De esta forma, nuestra Carta Fundamental lleva implícito el reconocimiento de una democracia económica, social y cultural.

29. Entendida de esta manera la democracia (como mecanismo para conseguir la igualdad entre las personas), entonces tendrá sentido que se establezcan prerrogativas condicionadas sólo a la protección de la función pública de alta investidura, pues “representar al pueblo no significa únicamente cumplir con las clásicas funciones parlamentarias (básicamente legislar), sino que implica reforzar aún más su actividad controladora. Y para ello debe estar plenamente legitimada con el respaldo popular; es ahí donde se conecta el mandato representativo con la inmunidad parlamentaria” (STC 00026-2006-PI/TC, fundamento 9 *in fine*).

3.1.2. La inviolabilidad, la inmunidad, el antejuicio y el juicio político

30. A juicio de este Tribunal conviene recalcar en las diferencias constitucionales de los institutos de la inmunidad, el antejuicio y el juicio político, toda vez que el artículo 25 del Reglamento del Congreso los involucra.

3.1.2.1 La inviolabilidad de votos y opiniones y el mandato parlamentario

31. Como parte del mandato parlamentario, la Constitución en su artículo 93º reconoce la inviolabilidad de votos y opiniones,

(...) No son responsables (los congresistas) ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones (...).

32. Así, garantiza que los parlamentarios puedan expresarse libremente y sin inhibiciones que puedan coactarlo o restringirlo; además, dicha garantía que se expresa en el debate permite que no se afecte el proceso de formación de la voluntad del propio órgano legislativo y, en consecuencia, se extiende más allá de las opiniones

vertidas hacia el voto que no es otra cosa que la materialización formal de las posiciones expuestas mediante la opinión. Sin embargo, la propia Constitución aprecia que esta garantía sólo tendrá validez cuando el parlamentario ejerza sus funciones, por lo que en ámbitos ajenos a dicho ejercicio la prerrogativa se desvanece. En efecto este Tribunal ha considerado que la Constitución reconoce el derecho a la libertad de expresión para todas las personas, a través del artículo 2º, inciso 4). Pero también señala que tendrán responsabilidad ulterior quienes lo ejercen desmedida e indebidamente. Sin embargo, la restricción contemplada por el artículo 93º es una excepción a la regla general; pero, como excepción, también habrá de ser interpretada limitadamente y no extensivamente, de manera que la inviolabilidad de votos y opiniones de los congresistas, sólo será amparada constitucionalmente cuando se haga, como lo señala el artículo 93º, ‘en el ejercicio de (sus) funciones’. No podrán tener amparo las declaraciones ante los medios de comunicación respecto a temas de la realidad nacional, proclamación que inclusive puede ser realizada dentro del recinto parlamentario. La protección se restringe a las expresiones hechas en el ejercicio de la función parlamentaria, de modo que la inviolabilidad referida no se constituya en indemnidad en perjuicio del derecho a la tutela procesal efectiva de terceros.

3.1.2.2 La inmunidad parlamentaria

33. En primer lugar, conviene señalar que el contenido de la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria a que se refiere el artículo 93º de la Constitución Política del Perú expresa que

(...) No pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento.

34. Al respecto, este Colegiado definió la inmunidad parlamentaria en el fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 0006-2003-AI/TC como una garantía procesal penal de carácter político de la que son titulares los cuerpos legislativos de un Estado a favor de sus miembros, de forma tal que estos no puedan ser detenidos ni procesados penalmente sin la aprobación previa del Parlamento; y precisó que su objeto es prevenir aquellas detenciones o procesos penales que, sobre bases estrictamente políticas, pretendan perturbar el debido funcionamiento del Congreso o alterar su conformación.

35. Asimismo, en la sentencia del Expediente N.º 1011-2000-HC/TC (fundamento 1), se ha dicho que la inmunidad parlamentaria es

(...) una prerrogativa de los miembros del Poder Legislativo, consistente en la imposibilidad de que sean procesados o detenidos salvo flagrante delito previo levantamiento de la inmunidad por parte del correspondiente Poder Legislativo. De este modo, se configura como un impedimento procesal para la apertura de la instrucción penal, cuya estricta observancia constituye un elemento de especial importancia del procedimiento preestablecido por la ley y, desde tal perspectiva,

como atributo integrante del derecho al debido proceso.

36. La inmunidad parlamentaria opera tan sólo respecto de delitos comunes; para los funcionales existe la acusación constitucional prevista en el artículo 99º de la Constitución y desarrollada en el artículo 89º del Reglamento del Congreso.

37. Así, circunscrita constitucionalmente la inmunidad parlamentaria como las inmunidades de arresto y proceso, es posible entenderla, entonces, como una garantía que busca proteger la libertad personal de los parlamentarios contra detenciones y procesos judiciales con aparente contenido penal relacionado con delitos comunes que tienen una evidente motivación y finalidad política. Con dicha protección se salvaguarda la conformación y funcionamiento del Parlamento. Por ello, corresponde al Poder Legislativo efectuar la valoración de los móviles políticos que puedan existir a través del procedimiento de levantamiento de la inmunidad parlamentaria, a fin de garantizar la autonomía del Parlamento y la plena vigencia del principio de separación de poderes (artículo 43º de la Constitución).

38. Si la finalidad de la inmunidad parlamentaria está destinada fundamentalmente a la constitución y funcionamiento del Congreso, entonces la inmunidad no puede considerarse como un derecho o una prerrogativa individual de los congresistas, sino como una garantía institucional del Parlamento que protege la función congresal y al propio Poder Legislativo. Por tales razones, para que funcione correctamente el Parlamento es necesario dotarlo de ciertos mecanismos que así lo permitan, como el de la inmunidad parlamentaria, o la *freedom from arrest or molestation*, además de la ya nombrada inviolabilidad de voto y opiniones (*freedom from speech*). Ahora bien, los ámbitos de protección de estos privilegios encuentran límites y condicionamientos en la propia Constitución, por lo que la exención circunscrita en el *interna corporis acta* será vigente cuando el parlamentario realice una actividad estrictamente congresal, y no más allá (*cfr.* STC 00026-2006-PI/TC, fundamento13).

39. Así, se precisa que la inmunidad parlamentaria solamente rige para los procesos penales y para el arresto (salvo en el caso de delito flagrante) cuando se trata de supuestos delitos comunes, en consecuencia no se puede invocar respecto de los procesos administrativos, civiles e incluso respecto de las diligencias preliminares de investigación que por mandato constitucional compete realizar al Ministerio Público.

3.1.2.3 El antejuicio

40. La Constitución ha recogido en su artículo 99º la institución del antejuicio político, regulando expresamente que

corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas.

41. Al respecto, este Colegiado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0006-2003-AI/TC, Caso 65 Congresistas de la República, al referirse a esta institución

señaló que

(...) en el antejuicio sólo caben formularse acusaciones por las supuestas responsabilidades jurídico-penales (y no políticas) de los funcionarios estatales citados en el artículo 99° de la Constitución, ante los supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Una vez que el Parlamento ha sometido a investigación la denuncia (que puede provenir de su propio seno) y ha determinado la existencia de suficientes elementos de juicio que, desde su perspectiva, configuran la comisión de un delito en el ejercicio de las funciones, actúa como entidad acusadora, dejando sin efecto la prerrogativa funcional del dignatario, suspendiéndolo en el ejercicio de sus funciones, y poniéndolo a disposición de la jurisdicción penal.

De esta forma en los casos de antejuicio las funciones del Congreso pueden ser, en cierta medida, asimiladas a las del Ministerio Público (porque acusa), e incluso a las del juez instructor (porque previamente investiga), pero nunca a las del juez decisor (porque nunca sanciona). Y es que la facultad de aplicar sanciones sobre la base de argumentos jurídico-penales, es exclusiva del Poder Judicial.

En síntesis, el antejuicio es una prerrogativa funcional de la que gozan determinados funcionarios, con el propósito de que no puedan ser procesados ante la judicatura penal por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin que medie un procedimiento con las debidas garantías procesales ante el Congreso de la República y la consecuente acusación del propio Legislativo.

El procedimiento de acusación constitucional contra los funcionarios enumerados en el artículo 99° de la Constitución, por los supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (antejuicio), se encuentra regulado en el artículo 89° del Reglamento del Congreso. Queda ello meridianamente claro cuando dicho artículo, *ab initio*, establece que “[...] mediante el procedimiento de acusación constitucional se realiza el antejuicio político, al que tienen derecho los altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99° de la Constitución Política. [...]”.

42. Por tanto, el antejuicio político ha sido concebido como una prerrogativa funcional cuyo objeto principal es la proscripción del inicio de un proceso penal contra un alto funcionario si es que previamente no ha sido sometido a un proceso investigador y acusatorio en sede parlamentaria. No cabe, pues, formular denuncia ni abrir instrucción penal si no se cumple con este requisito *sine qua non*; mucho menos en virtud de lo establecido por nuestra propia *ley fundamental* en su artículo 159°, que a la letra dice “corresponde al Ministerio Público: 1. promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho”.

43. Recuérdesse, como ya lo ha dicho este Colegiado en reiteradas oportunidades, que en virtud del principio de *unidad de la Constitución*, la Norma Fundamental no puede ser interpretada aislada y literalmente, sino por el contrario, asumiéndola como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto. Asimismo, de acuerdo con el contenido del principio de *concordancia práctica*, toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los

valores, derechos o principios, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).

44. Por otra parte, este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente 0006-2003-PI/TC antes aludida manifestó que

“no existen criterios razonables que permitan concluir que la prerrogativa del antejuicio deba dar lugar a algún grado de interferencia con la independencia y autonomía de los poderes públicos encargados, por antonomasia, de la persecución e investigación del delito. Por ello, este Colegiado observa con preocupación lo expuesto en el tercer y quinto párrafo del artículo 100º de la Constitución. El primer párrafo establece: “En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente”. Por su parte, el tercero prevé: “Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso”.

El Tribunal Constitucional considera que las referidas disposiciones son contrarias al aludido principio fundamental sobre los que se sustenta el Estado democrático de derecho: la separación de poderes. Si bien dicho principio no puede negar la mutua colaboración y fiscalización entre los poderes públicos, impone la ausencia de toda injerencia en las funciones esenciales y especializadas que competen a cada una de las instituciones que diagraman la organización del Estado. En tal sentido, en modo alguno puede restringirse la autonomía que corresponde al Ministerio Público en el desenvolvimiento de las funciones que la Constitución le ha conferido en su artículo 159º; menos aún puede aceptarse la limitación de los principios de unidad, exclusividad e independencia de la función jurisdiccional (incisos 1 y 2 del artículo 139º), la que, desde luego, alcanza también al juez instructor encargado de evaluar la suficiencia de elementos de juicio que justifiquen la apertura de instrucción y de conducir la etapa investigativa del proceso.

45. Por lo expuesto, este Tribunal reitera la recomendación al Congreso de la República para que, sobre este tema, realice la reforma constitucional correspondiente.

46. Finalmente, aun cuando en anterior oportunidad se pueda interpretar que este Tribunal ha considerado que se requiere de una acusación constitucional para que el Ministerio Público pueda realizar diligencias preliminares de investigación a los altos funcionarios comprendidos en el artículo 99º de la Constitución por la supuesta comisión de delitos, este Colegiado cumple con aclarar que la prerrogativa del antejuicio no es de recibo en esta etapa preliminar a cargo del Ministerio Público, toda vez que conforme lo establece el artículo 159º de la Constitución Política tal entidad se encuentra facultada para conducir la investigación del delito y, dado el caso, presentar la denuncia constitucional contra los altos funcionarios del Estado tal

como se establece el artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República. Por tanto, será en el procedimiento de la apreciación de la denuncia constitucional interpuesta por el Ministerio Público al amparo del artículo 89° que el Parlamento determinará la verosimilitud de los hechos materia de la denuncia, así como la subsunción de ellos en los tipos penales establecidos legalmente, descartando aquellas que estuvieran sustentadas en móviles políticos.

3.1.2.3 El juicio político

47. Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha considerado que la función congresal sancionadora, prevista en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución, no se limita a aquellos casos en los que exista una sentencia condenatoria emanada del Poder Judicial, por los delitos funcionales en que incurran los funcionarios previstos en su artículo 99°, sino que se extiende a los casos en que, a juicio del Pleno del Congreso, se configuren responsabilidades eminentemente políticas, aun cuando no exista la comisión de un delito de por medio. Y es que si bien la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial (aquella que puede sancionar sobre la base de la “razón jurídica”), la función político-punitiva (aquella que puede sancionar sobre la base de la “razón política”) no lo es. Y no podría serlo, pues justamente el principio de separación de poderes es el que garantiza la ausencia de toda valoración política en las decisiones del Poder Judicial.

48. Así, en la Carta Fundamental se encuentra constituido el juicio político por el que se permite iniciar un procedimiento a los funcionarios enumerados en su artículo 99°, en razón de las infracciones constitucionales de carácter político cometidas en el ejercicio de sus funciones, y de encontrarse responsable se autoriza al propio Congreso de la República a sancionarlo e incluso inhabilitarlos para el ejercicio de la función pública. En otras palabras, en el juicio político el funcionario es acusado, procesado y, de ser el caso, sancionado por el propio Congreso, por faltas a la Constitución única y estrictamente políticas. Claro está la sanción y, en su caso, la inhabilitación, deberá estar enmarcada dentro de los cánones constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad.

49. Al respecto este Colegiado estima que atendiendo a la función de control de la constitucionalidad que la Norma Fundamental asigna al Tribunal Constitucional sería recomendable que el Congreso de la República disponga las medidas de reforma normativa pertinentes que regulen un procedimiento abreviado y sumario en el que se faculte al Tribunal Constitucional, a pedido de parte, revisar la constitucionalidad de la medida adoptada, sobre todo si esta contiene como sanción accesoria una inhabilitación para el ejercicio de los derechos políticos del alto funcionario considerado como infractor de la Constitución en un juicio político, acto que de ser arbitrario sería nulo conforme lo establece el artículo 31 de la Constitución Política del Perú. De este modo se garantizaría la plena eficacia de los derechos políticos implicados sin que por el paso del tiempo su vulneración se torne en irreparable en el ámbito constitucional, dado que la inhabilitación podría limitar irrazonablemente la aspiración del acceso a la función pública como alto funcionario del Estado del ciudadano inhabilitado y con ello limitar el libre ejercicio del pueblo de elegirlo en un proceso electoral.

EXP. N° 05181-2009-PA/TC
ELSA VICTORIA CANCHAYA SÁNCHEZ

CASO

Con fecha 10 de julio de 2007 la recurrente interpone demanda de amparo contra el Congreso de la República y contra el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Legislativo, con el objeto que se declare nula la Resolución Legislativa N.º 004-2006-CR, de fecha 7 de junio de 2007, publicada el 8 de junio de 2007 en el diario oficial *El Peruano*, que declaró la suspensión de sus derechos parlamentarios mientras dure el proceso penal seguido en su contra por su presunta responsabilidad en la comisión de los delitos de nombramiento y aceptación ilegal para cargo público, estafa y falsedad genérica, dejándose a salvo la parte correspondiente que el Congreso señala que le levanta el fuero parlamentario afín que sea investigada en el Poder Judicial, en aplicación del artículo 100º de la Constitución. En consecuencia, solicita el restablecimiento del ejercicio de sus derechos congresales. Considera, asimismo, que la resolución cuestionada vulnera sus derechos fundamentales a la dignidad de la persona humana, a la igualdad, a la presunción de inocencia, al trabajo, y a no ser perseguida y sancionada dos veces por el mismo hecho.

Afirma la recurrente que el Congreso de la República actuó como si fuera un órgano jurisdiccional, toda vez que aplicó en su contra la medida sancionadora de suspensión, en aplicación de lo previsto en el artículo 89º inciso i) del Reglamento del Congreso de la República, efectuando la emplazada actos arbitrarios en su contra, sustentando como prueba, un reportaje periodístico que fuera editado, que data del año 2004. Agrega que existe una prohibición de aplicar el artículo 100 de la Constitución y que por ello, el Congreso debió abstenerse de suspenderla debido a que no existe normativa donde se haya previsto la sanción de suspensión. Aduce que bajo su juicio no existe vigencia normativa en lo relativo a la medida punitiva de “suspensión”, en virtud que no es un juicio político sino un antejuicio político para comparecer ante el Poder Judicial, toda vez que la recurrente ante la Sub Comisión de Acusaciones Constitucionales fue denunciada por presuntos ilícitos penales y no por infracción política.

Que con fecha 2 de junio de 2008 el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Legislativo contesta la demanda solicitando sea desestimada por considerar que la restitución del ejercicio de sus derechos congresales resulta imposible, esto es, irreparable en aplicación del artículo 5º inciso 5) del Código Procesal Constitucional. Asimismo precisa que la pretensión de la actora se ha sustraído de su ámbito jurisdiccional, pues los alegatos formulados por su parte son los mismos argumentos vertidos en el proceso penal seguido en su contra. Además sostiene que se respetó el debido proceso en el procedimiento de acusación constitucional. Finalmente sostiene que a la controversia planteada por la actora no resulta aplicable la Resolución Legislativa N.º 008-2007-CR, que fue publicada el 17 de octubre de 2007 en el diario *El Peruano*, puesto que la modificación del artículo

89° inciso i) se realizó luego de la acusación constitucional que formulara la emplazada.

Con fecha 4 de setiembre de 2008 el Vigésimo Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundada la demanda por estimar que la suspensión no constituye una sanción, sino la medida aplicable a los funcionarios públicos que tienen derecho al antejuicio, en ese sentido no resulta aplicable lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC N.º 0006-2003-AI, y en consecuencia, la denuncia sobre los demás derechos invocados no resulta amparable. Sostiene además que no resulta viable la pretensión de la demandante en cuanto se refiere a la vulneración del principio *non bis in idem*, toda vez que lo que se resuelve en el ámbito administrativo disciplinario es independiente del resultado del proceso en vía judicial, debido a que se trata de dos procesos de distinta naturaleza, origen y efectos. Finalmente, referente a la vulneración del derecho al debido proceso y al principio de legalidad, por la presunta violación del artículo 89° del Reglamento del Congreso, respecto a la legitimidad para interponer denuncia constitucional, obra en autos que la actuación del procurador se subsanó con la actuación de los parlamentarios.

Con fecha 20 de julio de 2009 la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirmando la apelada, declaró infundada la demanda atendiendo a similares argumentos expuestos por el juez de primera instancia, agregando que podría ser considerada la medida de suspensión como una sanción una vez culminado el proceso penal, en el supuesto que en la vía ordinaria se exima de responsabilidad penal a la procesada y no se le efectuó el pago correspondiente a sus remuneraciones dejadas de percibir durante la suspensión preventiva.

FUNDAMENTOS

Protección de derechos fundamentales en el antejuicio

1. Que el antejuicio es la etapa previa a un proceso jurisdiccional que involucra la imputación y prueba de responsabilidades penales que, si bien son inicialmente valoradas por el Congreso, tiene como propósito habilitar la posterior intervención del más alto nivel del Poder Judicial para que la Corte Suprema de justicia pueda asumir competencia respecto a la causa que verse sobre dicha materia y aplique sólo sanciones penales cuando corresponda. Al respecto, para este Colegiado, resulta pertinente precisar que el modelo de antejuicio difiere del de juicio político, dado que sobre aquel el Parlamento no aplica ninguna sanción al funcionario acusado, sino que se limita a decidir si se habilita o no la competencia penal de la judicatura ordinaria para iniciarse el proceso respectivo contra el referido funcionario por la comisión de delitos en el ejercicio del cargo.
2. Que en el referido antejuicio no cabe excluir las garantías de un debido proceso, que incluye el derecho de defensa, dado que ningún órgano u organismo público puede vulnerar este derecho fundamental, sobre todo cuando en el antejuicio se aplican las reglas que conllevan un procedimiento administrativo.

3. Que relacionado con el fundamento precedente la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Tribunal Constitucional peruano, mediante sentencia de fecha 31 de enero de 2001, en el fundamento 77, se prescribe lo siguiente: *“En cuanto al ejercicio de las atribuciones del Congreso para llevar a cabo un juicio político, del que derivará la responsabilidad de un funcionario público, la Corte estima necesario recordar que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete.*(el diferenciado es nuestro)

4. Que en el segundo párrafo del artículo 100º de la Constitución se ha prescrito que *“el acusado tiene derecho, en este trámite, a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso”*.

¿La medida de suspensión adoptada por el parlamento, en un antejuicio, configura una medida sancionadora?

5. Que el parlamento en el antejuicio no impone al funcionario involucrado ningún tipo de sanción, toda vez que su finalidad es que se proceda a habilitar al funcionario para que pueda ser procesado y su eventual responsabilidad penal sea dilucidada en la vía ordinaria. En virtud de ello y una vez aprobado el antejuicio, esto es, autorizar la acusación constitucional contra el funcionario acusado, éste materialmente queda suspendido en el ejercicio de su cargo, quedando así sujeto al órgano jurisdiccional competente, no existiendo sanción alguna por parte del órgano político.

A fin de sustentar lo explicado, la suspensión del ejercicio de las funciones a quien se le ha levantado la inmunidad parlamentaria o la prerrogativa funcional no significa de ningún modo una sanción por el acto tipificado, como podría suceder cuando se trate de juicio político el que podría conllevar la destitución o inhabilitación para la función pública. En tal sentido, la suspensión no tiene otro propósito que impedirle al congresista el ejercicio de esta función mientras dure el proceso en sede ordinaria por ser una medida que busca evitar que un funcionario utilice el poder político que vino ejerciendo, de modo que excluya cualquier tipo de influencia en el eventual proceso penal que se le vaya a instaurar.

**EXP. N° 0030-2010-PHC/TC
ELÍAS MOISÉS LARA CHIENDA**

CASO

Con fecha 30 de marzo de 2009 el recurrente interpone demanda de hábeas corpus y la dirige contra el Vocal Supremo Instructor, señor José Luis Lecaros Cornejo, y contra los vocales de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, señores César San Martín Castro, Raúl Valdez Roca, Jorge Calderón Castillo, Víctor Prado Saldarriaga y Hugo Príncipe Trujillo, con el objeto que se declare la nulidad del proceso penal A.V. 04-2006, en el extremo en que se le condena a 5 años de pena

privativa de la libertad por el delito de encubrimiento personal. Denuncia la violación de sus derechos constitucionales al debido proceso y a la libertad individual.

Refiere el accionante que en su condición de Ex-Fiscal Supremo fue denunciado constitucionalmente ante el Congreso de la República por el delito de encubrimiento personal y otros; sin embargo refiere que antes de que el procedimiento de antejuicio político culminara, la Fiscal de la Nación excediendo sus funciones, declaró la caducidad del plazo de dicha prerrogativa constitucional y dispuso que se le denuncie penalmente, habiéndosele abierto proceso penal por el delito de encubrimiento personal y otros (Exp. N.º 04-2006-AV). Agrega que en el proceso penal dedujo cuestión previa toda vez que no existía una resolución acusatoria del Congreso de la República que autorice el inicio del referido proceso, y que no obstante ello dicho medio de defensa fue desestimado por las dos instancias judiciales. Por último, el actor señala que pese a estas irregularidades se ha dictado la sentencia que lo condena a 5 años de pena privativa de libertad por el delito de encubrimiento personal, la misma que al haber sido impugnada fue confirmada por la Sala Penal revisora.

Admitida a trámite la demanda se realizó la investigación sumaria en la que el actor se ratificó en todos los extremos de la misma. Por su parte, los jueces emplazados coinciden en señalar que el antejuicio político se extingue a los 5 años después del cese del funcionario público y que en el caso concreto la apertura de la instrucción penal fue con fecha posterior al transcurso de dicho plazo. Asimismo señalan que lo que pretende el demandante es que se vuelva a analizar los actuados del proceso ordinario, lo cual no se condice con la finalidad del proceso de hábeas corpus.

El Vigésimo Tercer Juzgado Penal de Lima, con fecha 20 de mayo de 2009, declaró improcedente la demanda por considerar que lo que pretende el demandante es una nueva valoración sobre lo que ya ha sido resuelto por las instancias judiciales en el proceso penal.

La Segunda Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha de 17 de agosto de 2009, confirmó la apelada por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

El antejuicio político y su relación con el ejercicio de la acción penal

2. Es bastante sabido que existen dos tipos de procedimientos mediante los cuales se puede acusar a ciertos altos funcionarios del Estado. Estos son el antejuicio político y el juicio político, que son de distinta naturaleza y alcance. En relación al antejuicio político, el artículo 99º de la Constitución señala que “Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República, a los representantes a Congreso, a los Ministros de Estado, a los miembros del Tribunal Constitucional, a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, a los vocales de la Corte Suprema, **a los fiscales supremos**, al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el

ejercicio de sus funciones y **hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas**” (*énfasis agregado*).

3. Sobre el particular este Tribunal ha precisado que el antejuicio político constituye una prerrogativa o privilegio de los altos funcionarios citados en el referido artículo 99° de la Constitución, que consiste en que no pueden ser procesados *-válidamente-* por la jurisdicción penal ordinaria por la comisión de un delito si antes no han sido sometidos a un procedimiento político jurisdiccional ante el Congreso de la República en el que se haya determinado la verosimilitud de los hechos materia de acusación y que estos se subsuman en uno o más tipos penales de orden funcional (Exp. N.° 0006-2003-AI/TC, fundamento 3). Sobre esta base, se concluye que es el Congreso el órgano constitucional encargado *-a través de un procedimiento establecido-* de *dejar sin efecto* el privilegio del alto funcionario y de ponerlo a disposición de la jurisdicción penal ordinaria mediante una resolución acusatoria, acto a partir del cual se puede formalizar denuncia penal y dar inicio al proceso penal.

4. Asimismo este Tribunal ha precisado que si bien es cierto que el Ministerio Público es el titular de la acción penal y el defensor de la legalidad, como bien lo reconoce la propia Constitución, también es verdad que en virtud de estas facultades otorgadas no puede arrogarse un ejercicio arbitrario de ellas. Es decir, el Ministerio Público no puede promover una investigación a propósito de la supuesta comisión delictiva por parte de un alto funcionario si éste previamente no ha sido objeto de una acusación constitucional en el Congreso. De lo contrario, todos los actos llevados a cabo en sede jurisdiccional ordinaria sin la observancia de lo establecido en los artículos 99° y 100° de la Constitución, así como del artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República y de la Ley N.° 27399 que también forman parte del parámetro de control para evaluar casos como el presente, adolecen de nulidad. Permitir este tipo de actuación es abrir la puerta a interpretaciones restrictivas de la *ley fundamental* que no solo la vacían de contenido, sino que también resultan violatorias de los derechos fundamentales (en el caso específico, el derecho al debido proceso de los altos funcionarios públicos) y no se condicen con los principios que inspiran el Estado Constitucional (Exp. N.° 04747-2007-PHC/TC, fundamento 6).

El límite temporal del antejuicio político

5. El artículo 99° de la Constitución ha establecido un límite temporal a dicha prerrogativa, fijándole una duración máxima de hasta cinco años después que el alto funcionario haya cesado en las funciones respecto del cual goza del privilegio. Este límite temporal implica que transcurrido dicho plazo, la prerrogativa del antejuicio se extingue, cesando la prohibición de no ser denunciados ni sometidos a proceso penal directamente sin que previamente se les haya sometido a un procedimiento ante el Congreso. Sin embargo, surge la interrogante de si vencido dicho plazo el privilegio del antejuicio se extingue de pleno derecho o requiere necesariamente ser decretada por el Congreso de la República.

6. Para responder a tal interrogante debe tenerse presente que el Ministerio Público es el órgano constitucional con autonomía funcional, al que, entre otras cosas, le está facultado ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, mientras que al

Poder Judicial le corresponde impartir justicia mediante su función jurisdiccional, que en materia ordinaria es exclusiva. Teniendo en cuenta que el antejuicio constituye una limitación a las atribuciones constitucionales que tiene el Ministerio Público, pues en este caso no puede actuar de oficio, sino que debe esperar a que el Congreso previo procedimiento dicte una resolución acusatoria contra el funcionario protegido por dicho privilegio, este Tribunal considera, a la luz de los principios de interpretación de unidad de la Constitución y de corrección funcional, que vencido el plazo de 5 años establecido por el artículo 99° de la Constitución, dicha prerrogativa se extingue de pleno derecho.

7. Una interpretación en contrario, esto es, sostener que pese haber transcurrido el plazo en mención se requiere necesariamente que el Parlamento decreta la extinción del beneficio del antejuicio político, supondría a juicio de este Tribunal extender injustificadamente el plazo de vigencia del antejuicio más allá del plazo establecido por el Constituyente, lo que conllevaría a extender la limitación a las atribuciones del Ministerio Público, lo cual, dado el caso, sí resultaría a todas luces inconstitucional. En tal sentido, cuando el artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República establece que presentada una denuncia constitucional corresponde a la Sub-Comisión de Acusaciones Constitucionales calificar su admisibilidad y/o procedencia verificando entre otras cosas, si “[a] la persona denunciada le corresponde o no la prerrogativa funcional del antejuicio, o si ésta se encuentra o no vigente”; dicha disposición no debe ser entendida como que es al Congreso a quien le corresponde decretar si la prerrogativa del antejuicio se ha extinguido en un caso concreto, sino antes bien que a partir de una constatación de que la prerrogativa ya no se encuentra vigente por haber expirado el plazo establecido por el Constituyente, debe limitarse a rechazar la denuncia constitucional. En definitiva, fenecida la prerrogativa del antejuicio político por haber vencido su plazo de vigencia, el funcionario privilegiado puede ser sujeto de una denuncia penal y por tanto puede ser sometido a un proceso penal sin declaración previa alguna de parte del Congreso de la República.

6. ÁMBITO PROCESAL

a. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA ANTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**EXP. N° 1941-2002-AA/TC
LUIS FELIPE ALMENARA BRYSON**

CASO

Con fecha 6 de agosto de 2001, Luis Felipe Almenara Bryson interpone acción de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura para que se deje sin efecto el acuerdo adoptado por el Pleno de la demandada, de fecha 11 de mayo de 2001, que decidió no ratificarlo en el cargo de Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República. Asimismo, solicita que se declare nula la Resolución N° 046-2001-CNM, por la cual se deja sin efecto su nombramiento y se dispone, a la vez, la cancelación de su título de Vocal Supremo y, finalmente, que se declare inaplicable el Reglamento del Proceso de Evaluación y Ratificaciones de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, aprobado por el Consejo Nacional de la Magistratura mediante Resolución N° 043-2000-CNM, de fecha 16 de noviembre de 2000.

Afirma que el procedimiento de ratificación lesiona su derecho constitucional a la permanencia en el cargo de Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República, y que el hecho de no ser ratificado supone una inhabilitación perpetua, lo que constituye una sanción de gravísimas consecuencias personales para el magistrado no ratificado.

Alega, asimismo, que el proceso de ratificación al que se sometió carece de imparcialidad, pues en él participó el consejero Teófilo Idrogo Delgado, quien, el 3 de setiembre de 1992 fue separado definitivamente de su cargo de Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de La Libertad por acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, que fue integrada por el recurrente en su condición de Vocal Supremo.

Por otro lado, aduce que la resolución de la demandada expresa sólo la decisión, pero no contiene motivación, lo que es contrario al artículo 85° del Decreto Ley N° 26111 (sic). Por ello considera que se ha afectado, también, su derecho a la motivación escrita de las resoluciones.

La demandada se apersona y solicita la nulidad del admisorio, alegando que las resoluciones de su representada no son revisables en sede judicial, conforme al artículo 142° de la Constitución, y que la demanda debe ser declarada improcedente *in limine*, pues el petitorio es jurídicamente imposible.

La Procuradora Pública del Consejo Nacional de la Magistratura contesta la demanda afirmando, principalmente, que el proceso de ratificación no es un proceso administrativo, sino que es una facultad constitucional otorgada a la demandada “para decidir según criterio de sus consejeros”, y que, en el presente caso, la resolución de separación emana “de un proceso regular enmarcado dentro de una norma constitucional”.

El Sexagésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 5 de enero de 2002, declaró improcedente la demanda, por considerar principalmente que la Constitución e prohíbe expresamente la revisión de las resoluciones de la demandada en sede judicial.

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 6 de junio de 2002, declaró nula la sentencia apelada por considerar que no se respetó el principio de congruencia.

FUNDAMENTOS

Tribunal Constitucional y proceso constitucional de amparo

8. Lo expuesto no supone que cualquier actividad antijurídica que pueda realizar el Consejo Nacional de la Magistratura deba ventilarse por la vía de la acción de amparo, pues, de conformidad con el inciso 2) del artículo 200.º de la Constitución, éste tiene por objeto proteger exclusivamente derechos constitucionales.

En este sentido, el Tribunal Constitucional considera que, si bien en nuestro ordenamiento el concepto de "recurso sencillo, rápido y efectivo" del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos alude, en esencia, a los procesos de amparo, hábeas corpus o hábeas data, tal comprensión del derecho en referencia debe necesariamente entenderse dentro de los términos para los cuales dichos procesos constitucionales son competentes, esto es, para proteger y tutelar derechos reconocidos en la Norma Suprema, y no otro tipo de derechos e intereses que puedan haberse reconocidos en la Ley, en un acto administrativos, etc.

9. Ahora bien, cuando se trate de supuesto donde se solicita la protección de derechos o intereses legítimos de orden legal o infralegal, los particulares no tengan derecho a un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo; sino que, en esos casos, tal derecho al recurso judicial debe entenderse como que comprende a las vías judiciales ordinarias que se han previsto en las leyes procesales respectivas. En efecto, como lo ha recordado este colegiado, si aquellas características de "sencillez", "rapidez" y "efectividad" son condiciones que el legislador debe observar al momento de regular los diversos procesos ordinarios, también se trata de exigencias que deben observar los jueces al conocer las reclamaciones de los justiciables. (Funds. Jurs. N.º 166-167, en el Caso Marcelino Tineo Sulca, Exp. N.º 010-2002-AI/TC).

Tales garantías del proceso judicial –y ya no sólo en relación con los procesos constitucionales de la libertad– copulativamente expresan una dimensión adjetiva y

una dimensión sustancial, por medio de las cuales se optimizan y realizan los derechos que en su seno se invocan.

Derecho de defensa

12. El recurrente también alega que, con la decisión de no ratificarlo, se habría lesionado su derecho de defensa. El Tribunal Constitucional tampoco comparte tal criterio, pues, como se ha sostenido, en diversas causas el derecho en referencia le concede protección para no quedar en estado *e*de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento.

El estado de indefensión opera en el momento en que, al atribuírsela la comisión de un acto u omisión antijurídicos, se le sanciona sin permitirle ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, situación que puede extenderse a lo largo de todas las etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se puedan promover.

13. Desde luego ese no es el caso del proceso de ratificación al que se sometió al recurrente. Este Tribunal estima que el proceso de ratificación no tiene por finalidad pronunciarse sobre actos u omisiones antijurídicas que pudiera haber cometido el recurrente y que, en esa medida, la validez de la decisión final dependa del respeto del derecho de defensa.

La decisión de no ratificar a un magistrado en el cargo que venía desempeñando no constituye un sanción disciplinaria; al respecto, es dable consignar que la sanción, por su propia naturaleza, comprenda la afectación de un derecho o interés derivado de la comisión de una conducta disvaliosa para el ordenamiento jurídico. En cambio, la no ratificación constituye un voto de confianza o de no confianza sobre la manera como se ha ejercido el cargo para el que se le nombró durante los siete años. Dicha expresión de voto es consecuencia de una apreciación personal de conciencia, objetivizada por la suma de votos favorables o desfavorables que emitan los consejeros con reserva.

14. Mientras que en el caso de la sanción disciplinaria, esta debe sustentarse en las pruebas que incriminan a su autor como responsable de una falta sancionable, impuesta luego de la realización de un procedimiento con todas las garantías; en cambio, en el caso de no ratificación, sólo se sustenta en un conjunto de indicios que, a juicio de los Consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, tornan inconveniente que se renueve la confianza para el ejercicio del cargo. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que, en la medida en que la "no ratificación" no obedece a una falta cuya responsabilidad se ha atribuido al magistrado, sino sólo a una muestra de desconfianza de la manera como se ha ejercido la función para la que fue nombrado durante los siete años, no existe la posibilidad de que se afecte el derecho de defensa alegado.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional estima que el derecho de defensa que le asiste a una persona en el marco de un proceso sancionatorio en el que el Estado hace uso de su, *ius puniendi*, ya sea mediante el derecho penal o administrativo sancionador, no es aplicable al acto de no ratificación, ya que éste no constituye una

sanción ni el proceso de ratificación es, en puridad, un procedimiento administrativo penalizador.

15. Se ha deslizado también la tesis de que el acto reclamado por el recurrente habría vulnerado el derecho al debido proceso. Este derecho, como ha recordado el Tribunal Constitucional en diversos casos, es una garantía que si bien tiene su ámbito natural en sede judicial, también es aplicable en el ámbito de los procedimientos administrativos. Sin embargo, su reconocimiento y la necesidad de que éste se tutele no se extiende a cualquier clase de procedimiento. Así sucede, por ejemplo, con los denominados procedimientos administrativos internos, en cuyo seno se forma la voluntad de los órganos de la administración en materias relacionadas con su gestión ordinaria (v.g. la necesidad de comprar determinados bienes, etc). Como indica el artículo IV, fracción 1.2, *in fine*, de la Ley del Procedimiento Administrativo General, “La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del derecho administrativo”.

16. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional opina que no en todos los procedimientos administrativos se titulariza el derecho al debido proceso. Por ello, estima que su observancia no puede plantearse en términos abstractos, sino en función de la naturaleza del procedimiento que se trata, teniendo en cuenta el grado de afectación que su resultado –el acto administrativo– ocasione sobre los derechos e intereses del particular o administrado.

Al respecto, debe descartarse su titularidad en aquellos casos en los que la doctrina administrativista denomina “procedimientos internos” o, en general, en los que el administrado no participa, ni en aquellos donde no exista manera en que el acto le ocasione directamente un perjuicio en la esfera subjetiva. Por ende, al no mediar la participación de un particular ni existir posibilidad de que se afecte un interés legítimo, la expedición de un acto administrativo por un órgano incompetente, con violación de la ley y, en general, cualquier otro vicio que la invalide, no constituye lesión del derecho al debido proceso administrativo.

17. En tal sentido la ratificación o no de magistrados a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura, se encuentra en una situación muy singular. Dicha característica se deriva de la forma como se construye la decisión que se adopta en función de una convicción de conciencia y su expresión en un voto secreto y no deliberado, si bien esta decisión debe sustentarse en determinados criterios (cfr. La Ley Orgánica del CNM y su Reglamento); sin embargo, no comporta la idea de una sanción sino sólo el retiro de la confianza en el ejercicio del cargo. Lo que significa que, forzosamente, se tenga que modular la aplicación –y titularidad– de todas las garantías que comprende el derecho al debido proceso, y reducirse ésta sólo a la posibilidad de la audiencia.

18. De ninguna otra manera puede sustentarse la decisión que finalmente pueda adoptar el Consejo Nacional de la Magistratura ante exigencias derivadas de su Ley mediante la ratificación tiene por objeto evaluar la conducta e idoneidad en el desempeño del cargo, considerando la producción jurisdiccional, méritos, informes de los Colegios y Asociaciones de Abogados, antecedentes que han acumulado sobre su conducta, debiendo conceder una entrevista en cada caso, según precisa el artículo

30°, primer párrafo, de la Ley N° 26397; y su propio Reglamento de Evaluación y Ratificación (Resolución N° 043-2000-CNM), artículos 2°, 3°, 4°, 7° y 8°.

La falta de motivación de la resolución de no ratificación

20. Es evidente, a la luz de la historia del derecho constitucional peruano, que las Constituciones de 1920, 1933 y 1979 establecieron, como parte del proceso de ratificación judicial, la obligatoriedad de la motivación de la resolución correspondiente. Sin embargo, no ha sido ésta una exigencia que se haya incorporado al texto de 1993. Por el contrario, de manera indubitable y ex profeso, los legisladores constituyentes de dicha Carta optaron por constitucionalizar la no motivación de las ratificaciones judiciales, al mismo tiempo de diferenciar a esta institución de lo que, en puridad, es la destitución por medidas disciplinarias (cf. Congreso Constituyente Democrático. *Debate Constitucional-1993*, T. III, pág. 1620 y ss.).

Desde una interpretación histórica es evidente que el mecanismo de ratificación judicial ha sido cambiado y, por ende actualmente percibido como un voto de confianza o de no confianza en torno a la manera como se ejerce la función jurisdiccional. Como tal, la decisión que se tome en el ejercicio de dicha competencia no requiere ser motivada. Ello a deferencia, cabe advertir, de la destitución que, por su naturaleza sancionatoria, necesaria e irreversiblemente debe ser explicada en su particulares circunstancias.

Por cierto, es necesario abundar en que no todo acto administrativo expedido al amparo de una potestad discrecional, siempre y en todos los casos, debe estar motivado. Así sucede, por ejemplo, con la elección o designación de los funcionarios públicos (Defensores del Pueblo, miembros del Tribunal Constitucional, Presidente y Directores del Banco Central de Reserva, Contralor de la República, pase a retiro de Oficiales Generales y Almirantes de las Fuerzas Armadas, y otros) cuya validez, como es obvio, no depende de que sean motivadas. En idéntica situación se encuentran actualmente las ratificaciones judiciales que, como antes se ha afirmado, cuando se introdujo esta institución en la Constitución de 1993, fue prevista como un mecanismo que, únicamente, expresara el voto de confianza de la mayoría o de la totalidad de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura acerca de la manera como se había ejercido la función jurisdiccional.

El establecimiento de un voto de confianza que se materializa a través de una decisión de conciencia por parte de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, sobre la base de determinados criterios que no requieran ser motivados, no es ciertamente una institución que se contraponga al Estado Constitucional de Derecho y los valores que ella persigue promover, pues en el derecho comparado existen instituciones como los jurados, que, pudiendo decidir sobre la libertad, la vida o el patrimonio de las personas, al momento de expresar su decisión, no expresan las razones que las justifican.

De ahí que, para que tal atribución no pudiera ser objeto de decisiones arbitrarias, el legislador orgánico haya previsto aquellos criterios a partir de los cuales los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura deberían llevar a cabo la ratificación judicial. Ese es el sentido del artículo 30.°, primer párrafo, de la Ley N° 26397, según el cual “A

efectos de la ratificación de Jueces y Fiscales a que se refiere el inciso b) del artículo 21.º de la presente Ley, el Consejo Nacional de la Magistratura evalúa la conducta e idoneidad en el desempeño del cargo, considerando la producción jurisdiccional, méritos, informes de los Colegios y Asociaciones del Abogados, antecedentes que han acumulado sobre su conducta, debiendo conceder una entrevista en cada caso”, o las previstas en el propio Reglamento de Evaluación y Ratificación (Resolución N° 043-2000-CNM y la N.º 241-2002-CNM, que se aplicaron al recurrente).

Pese a que las decisiones de no ratificación y de ratificación no están sujetas a motivación no están sujetas a motivación, en modo alguno ello implica que los elementos sobre la base de los cuales se expidió la decisión de conciencia (como los documentos contenidos en los respectivos expedientes administrativos), no puedan ser conocidos por los interesados o, acaso, que su acceso pueda serles negado. Al respecto es preciso mencionar que el inciso 5) del artículo 2º de la Constitución reconoce el derecho de toda persona de “solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido (...)” Ni la Constitución ni la Ley que desarrolla dicho derecho constitucional (Ley N° 27806, modificada por la Ley N° 27927) excluyen al Consejo Nacional de la Magistratura de la obligación de proporcionar, sin mayores restricciones que las establecidas por la propia Constitución, los documentos que los propios evaluados puedan solicitar.

Por consiguiente, el Tribunal recuerda la existencia de este derecho para todos los magistrados sujetos al proceso de ratificación, y subraya el ineludible deber de entregar toda la información disponible sobre la materia, por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, dentro de los parámetros señalados por la Constitución y las leyes. El incumplimiento de dicha obligación acarrea la violación de derecho fundamental; por tanto, es punible administrativa, judicial y políticamente.

21. En atención a que una de las reglas en materia de interpretación constitucional consiste en que el proceso de comprensión de la Norma Suprema debe efectuarse de conformidad con los principios de unidad y de concordancia, el Tribunal Constitucional considera que tales exigencias se traducen en comprender que, a la garantía de la motivación de las resoluciones, se le ha previsto una reserva tratándose del ejercicio de una atribución como la descrita en el inciso 2) del artículo 154º de la Constitución, y que, en la comprensión de aquellas dos cláusulas constitucionales –la que establece la regla general, aquella otra que fije su excepción, no puede optarse por una respuesta que, desconociendo esta última, ponga en cuestión el ejercicio constitucionalmente conforme de la competencia asignada al Consejo Nacional de la Magistratura.

22. El recurrente ha sostenido que, en realidad, la no ratificación judicial es un acto de consecuencias aún más graves que la destitución por medidas disciplinarias, ya que, a diferencia de ésta última, el inciso 2) del artículo 154º de la Constitución dispone, literalmente, que “Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público”. Al respecto, la Constitución señala, en el inciso 2) del artículo 154º, que los jueces no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial o al Ministerio Público, a deferencia del tratamiento que da a los que fueron destituidos

por medida disciplinaria, para quienes no rige tal prohibición de reingreso a la carrera judicial.

La no ratificación no implica una sanción, por lo que la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a la carrera judicial, en principio, es incongruente, no sólo con relación a la naturaleza de la institución de la ratificación, sino también con el ordinal “d” inciso 24), del artículo 2.º de la Constitución, según el cual “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

Es incongruente, pues, con la institución de la ratificación ya que, como se ha expuesto, ésta no constituye una sanción, sino un voto de confianza en torno al ejercicio de la función confiada por siete años. También lo es con el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2.º de la Constitución, pues la prohibición de reingresar a la carrera judicial se equipara a una sanción, cuya imposición, sin embargo, no es consecuencia de haberse cometido una falta.

Tal es la interpretación que se debe dar a aquella disposición constitucional (“Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público”), pues, de otra forma, se podría caer en el absurdo de que una decisión que expresa un simple retiro de confianza en la forma como se ha desempeñado la función jurisdiccional y que, además no tiene por qué ser motivada; sin embargo, termine constituyendo una sanción con unos efectos incluso más drásticos que los que se puede imponer por medida disciplinaria.

<p style="text-align: center;">EXP. N° 2663-2003-HC/TC ELEOBINA MABEL APONTE CHUQUIHUANCA</p>

CASO

Con fecha 26 de agosto de 2003, Eleobina Mabel Aponte Chuquiwanca interpone acción de hábeas corpus contra el Juez del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Comas, Ronald Soto Cortez, por violación de su derecho a la libertad individual. Solicita, por tanto, que se ordene al referido juez levantar la orden de captura que pesa en su contra.

Sostiene que con motivo del proceso judicial N° 121-02, fue designada como custodia judicial de un televisor y un ropero de madera, los que depositó en su domicilio; que, posteriormente, el Juzgado desafectó el ropero y la notificó para que lo ponga a disposición del juzgado, por lo que presentó 3 escritos a fin de que el juzgado precise el lugar donde debía poner a disposición el bien requerido, hecho que recién se produjo con la Resolución N° 24, de fecha 23 de junio de 2003, y notificada el 14 de julio del mismo año, en la que se le requiere, por última vez, para que el día 24 de julio de 2003 cumpla con apersonarse al local de juzgado con el bien, bajo apercibimiento de ordenarse su captura; que, en la fecha en que le notificaron la

Resolución N° 24 se encontraba de viaje, por lo que su hermana, mediante escrito de fecha 22 de julio de 2003, solicitó que dicha diligencia se realice en el propio domicilio de la custodia, debido a que no contaba con los medios económicos para trasladar el bien al local de juzgado; y que el 13 de agosto de 2003, mediante Resolución N° 26, el juez ordenó su captura sin motivación alguna. Agrega que el 20 de agosto de 2003 presentó al Juzgado un escrito pidiendo la nulidad de la Resolución N° 26, sin que hasta la fecha de la interposición de la demanda exista pronunciamiento alguno.

El emplazado manifiesta que notificó en diversas oportunidades a la demandante para que se apersona al local del juzgado con el bien mueble en custodia, y ésta no cumplió con dicho mandato, por lo que ordenó su ubicación y captura mediante resolución de fecha 26 de agosto de 2003, conforme a la facultades conferidas por el inciso 2) del artículo 53° del Código Procesal Civil. Agrega que hasta la fecha de su declaración la accionante no ha cumplido con entregar el bien en custodia.

El Noveno Juzgado Especializado en lo Penal del Cono Norte de Lima, con fecha 26 de agosto de 2003, declaró improcedente la demanda, por considerar que no ha existido violación alguna a la libertad individual, pues el demandado, dentro de un proceso regular y conforme a la normatividad vigente, con las garantías que la ley establece, ha actuado de acuerdo a sus atribuciones.

La Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, con fecha 8 de setiembre de 2003 confirma la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

5. Ahora bien, el proceso de hábeas corpus como señala Luis Alberto Huerta Guerrero -Libertad Personal y Hábeas Corpus. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2003, pág. 47- “es una institución cuyo objetivo consiste en proteger la libertad personal, independientemente de la denominación que recibe el hecho cuestionado (detención, arresto, prisión, secuestro, desaparición forzada, etc.) De acuerdo a la Constitución de 1993 [...] procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona, por cualquier acción u omisión que implique una amenaza o violación de la libertad personal”.

Dicha acción de garantía es básicamente un proceso de resguardo y tutela de la libertad personal en sentido lato. En puridad representa la defensa de aquello que los antiguos romanos denominaban *ius movendi et ambulandi* o los anglosajones consignaban como *power of locomotion*.

Lo que se tutela es la libertad física en toda su amplitud. Ello en razón a que ésta no se ve afectada solamente cuando una persona es privada arbitrariamente de su libertad, sino que también se produce dicha anomalía cuando encontrándose legalmente justificada esta medida, es ejecutada con una gravedad mayor que la establecida por la ley o por los jueces.

En efecto, la facultad de locomoción o de desplazamiento espacial no se ve afectada únicamente cuando una persona es privada arbitrariamente de su libertad física, sino que ello también se produce cuando se presentan circunstancias tales como la restricción, la alteración o alguna forma de amenaza al ejercicio del referido derecho; asimismo, cuando a pesar de existir fundamentos legales para la privación de la libertad, ésta se ve agravada ilegítimamente en su forma o condición; o cuando se produce una desaparición forzada, etc.

6. Tal como expone Néstor Pedro Sagües -Derecho Procesal Constitucional- Hábeas Corpus. Buenos Aires: Astrea, 1988 pág. 143- “en su origen histórico surge como remedio contra una detención. Sin arresto, el hábeas corpus parecería no tener razón de ser, ya que es un remedio, precisamente, contra aprehensiones ilegales. Su meta natural, por los demás estriba en disponer una libertad.

Sin embargo, el desarrollo posterior del instituto [...] lo ha hecho proyectarse hacia situaciones y circunstancias que si bien son próximas a un arresto, no se identifican necesariamente con él”.

De ahí que se reconozca que “algunas figuras del hábeas corpus [...] abandonan los límites precisos de la libertad física para tutelar derechos -constitucionales también – aunque de índole distinta”

Al respecto, en la Opinión Consultiva OC-9/87 N° 29, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se justificó y convalidó la ampliación de los contornos del hábeas corpus al manifestarse que “es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”.

En función a este ensanchamiento del carácter y contenido del hábeas corpus, la doctrina ha elaborado una tipología, de la cual resumidamente damos cuenta:

a) El hábeas corpus reparador

Dicha modalidad se utiliza cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial; de un mandato judicial en sentido lato -juez penal, civil, militar-; de una decisión de un particular sobre el internamiento de un tercero en un centro psiquiátrico sin el previo proceso formal de interdicción civil; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúe en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad; etc.

En puridad, el hábeas corpus reparador representa la modalidad clásica o inicial destinada a promover la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida.

b) El hábeas corpus restringido

Se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción

para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, “se le limita en menor grado”.

Entre otros supuestos, cabe mencionar la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares; los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes; las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; las continuas retenciones por control migratorio o la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada, etc.

c) El hábeas corpus correctivo

Dicha modalidad, a su vez, es usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto a las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad. Por ende, su fin es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena.

En efecto, en el caso *Alejandro Rodríguez Medrano vs. la Presidencia del Instituto Nacional Penitenciario y otro* (Exp. N° 726-2002-HC/TC), el Tribunal Constitucional señaló que:

“Mediante este medio procesal puede efectuarse el control constitucional de las condiciones en las que se desarrolla la restricción del ejercicio de la libertad individual, en todos aquellos casos en que éste se haya decretado judicialmente”

Así, procede ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica, o del derecho a la salud de los reclusos o personas que se encuentran bajo una especial relación de sujeción internados en establecimientos de tratamiento públicos o privados (tal el caso de personas internadas en centros de rehabilitación y de menores, en internados estudiantiles, etc.). Igualmente, es idóneo en los casos en que, por acción u omisión, importen violación o amenaza del derecho al trato digno o se produzcan tratos inhumanos o degradantes.

Es también admisible la presentación de esta modalidad en los casos de arbitraria restricción del derecho de visita familiar a los reclusos; de ilegitimidad del traslado de un recluso de un establecimiento penitenciario a otro; y por la determinación penitenciaria de cohabitación en un mismo ambiente de reos en cárcel de procesados y condenados.

d) El hábeas corpus preventivo

Éste podrá ser utilizado en los casos en que, no habiéndose concretado la privación de la libertad, existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la ley de la materia.

Al respecto, es requisito sine qua non de esta modalidad que los actos destinados a la privación de la libertad se encuentran en proceso de ejecución; por ende, la amenaza no debe ser conjetural ni presunta.

En efecto, en el caso *Patricia Garrido Arcentales y otro contra el capitán PNP Henry Huertas* (Exp. N° 399-96-HC/TC), el Tribunal Constitucional precisó:

“Que, en cuanto a las llamadas telefónicas a través de las cuales se amenazaría con detener a los recurrentes, según afirman, este Tribunal considera que no se han dado los supuestos para que se configure una situación que constituya amenaza a la libertad personal que haga procedente la acción de Hábeas Corpus, es decir, tal y como lo consagra el artículo 4° de la Ley N.º 25398, se necesita que ésta sea cierta y de inminente realización; se requiere que la amenaza sea conocida como verdadera, segura e indubitable, que se manifieste con actos o palabras que no dejen duda alguna de su ejecución y propósito e inminente y posible, esto es, que no deje duda sobre su ejecución en un plazo inmediato y previsible”.

e) El hábeas corpus traslativo

Es empleado para denunciar mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela judicial efectiva; es decir, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido.

César Landa Arroyo, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Palestra, Lima 2003, pág. 116, refiere que en este caso “se busca proteger la libertad o la condición jurídica del status de la libertad de los procesados, afectados por las burocracias judiciales [...]”.

En efecto, en el caso *Ernesto Fuentes Cano vs. Vigésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima* (Exp. N° 110-99-HC/TC), el Tribunal Constitucional textualmente señaló lo siguiente:

“Que, el tercer párrafo del artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante Decreto Ley N° 22128, dispone que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad y, en el caso de autos, se inicia el proceso en marzo de 1993, y en diciembre de 1997 se encontraba en el estado de instrucción, por haber sido ampliada ésta; y el hecho de no haberse completado la instrucción no justifica que se mantenga privada de su libertad a una persona que ya lo había estado por más de veinte meses, no dándole cumplimiento así al artículo 137° del Código Procesal Penal, en caso de efectivizarse esta nueva orden de captura”.

f) El hábeas corpus instructivo

Esta modalidad podrá ser utilizada cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Por consiguiente, la finalidad de su interposición es no sólo garantizar la libertad y la integridad personal, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida, y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Ernesto Castillo Páez vs. República del Perú*, (párrafo 84 de la sentencia del 3 de noviembre de 1997), estableció lo siguiente:

“Habiendo quedado demostrado como antes se dijo (supra, párrafo 71), que la detención del señor Castillo Páez fue realizada por miembros de la Policía del Perú y

que, por tanto, se encontraba bajo la custodia de éste, la cual lo ocultó para que no fuera localizado, la Corte concluye que la ineficacia del recurso de hábeas corpus es imputable al Estado, configurando con ello una violación del artículo 25° de la Convención en relación con el artículo 1.1.”.

g) El hábeas corpus innovativo

Procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante.

Al respecto, Domingo García Beláunde [Constitución y Política, Eddili, Lima 1991, pág.148], expresa que dicha acción de garantía “debe interponerse contra la amenaza y la violación de este derecho, aun cuando éste ya hubiera sido consumado”. Asimismo, César Landa Arroyo [Tribunal Constitucional, Estado Democrático, Editorial Palestra, Lima 2003, pág. 193], acota que “... a pesar de haber cesado la violación de la libertad individual, sería legítimo que se plantee un hábeas corpus innovativo, siempre que el afectado no vea restringida a futuro su libertad y derechos conexos”.

h) El hábeas corpus conexo

Cabe utilizarse cuando se presentan situaciones no previstas en los tipos anteriores. Tales como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada o detenida; o de ser obligado a prestar juramento; o compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra el o la cónyuge, etc.

Es decir, si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con éste. Adicionalmente, permite que los derechos innominados –previstos en el artículo 3° de la Constitución– entroncados con la libertad física o de locomoción, puedan ser resguardados.

Esta Tipología ha sido elaborada de modo casuístico, en atención a la continua evolución que ha experimentado este proceso constitucional, por lo que no puede ser tomada como un *numerus clausus*.

b. PRECEDENTES VINCULANTES EN MATERIA PROCESAL

EXP. N° 2302-2003-AA/TC INVERSIONES DREAMS S.A.

CASO

Con fecha 17 de septiembre de 2001, la recurrente interpone acción de amparo contra la Municipalidad Distrital de Jesús María, la Superintendencia Nacional de Aduanas - Lima y el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), por considerar que se vienen vulnerando sus derechos fundamentales a la igualdad ante la ley, a la propiedad, a la iniciativa privada, a la no confiscatoriedad de los tributos y al respeto del principio de legalidad; y, en consecuencia, solicita que se declaren inaplicables a su caso los artículos 48° al 53° del Decreto Legislativo N.º 776, referido al Impuesto a los Juegos; y, el artículo 9° inciso a) del Decreto Supremo N.º 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas..

Señala que la empresa presenta pérdidas, y el pago de ambos tributos resulta confiscatorio al gravar doblemente a una misma actividad comercial, por esta razón, no pueden pagar los tributos establecidos en dichas normas, para lo cual, se verían obligados a destinar sus activos, es decir, sustrayendo su propiedad. Asimismo, alegan que el Decreto Supremo N.º 095-96-EF, al establecer la alícuota del impuesto vulnera el principio de legalidad del artículo 74° de la Constitución, según el cual, sólo por ley se pueden crear tributos, lo que implica que todos sus elementos esenciales, siendo uno de ellos *la tasa* del Impuesto, sean fijados por ley y no por norma infralegal como en el presente caso.

La Municipalidad Distrital de Jesús María contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y solicita que se la declare infundada o improcedente, aduciendo que las supuestas violaciones de los derechos fundamentales invocados han caducado, agregando que el petitorio de la demanda no es claro, ya que algunos artículos cuestionados han sido derogados y otros modificados por las Leyes N.ºs 26812 y 27153, lo cual no ha sido contemplado por el recurrente. Asimismo, alega que la empresa demandante no ha acreditado la supuesta confiscatoriedad que alega.

El Procurador Público encargado de los Asuntos Judiciales del MEF deduce las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandado, de incompetencia, de falta de agotamiento de la vía previa y de caducidad; y, solicita que se la declare improcedente o infundada, por estimar, que la demandante no ha señalado un acto concreto de afectación de sus derechos constitucionales y que la acción de amparo no es la vía idónea para cuestionar la validez de normas legales emitidas con sujeción a la ley.

La SUNAT deduce las excepciones de falta de legitimidad del demandado, indebida acumulación de pretensiones y caducidad; y contesta la demanda solicitando que se la declare infundada o improcedente, alegando que la acción de amparo no es la vía idónea para impugnar la validez de una norma jurídica, en cuyo caso, la vía correspondiente es la acción de inconstitucionalidad.

El Sexagésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 1 de abril de 2002, declaró fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar, respecto del MEF, infundadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar respecto a la SUNAT, de incompetencia, de falta de agotamiento de la vía administrativa y de caducidad, e *infundada la demanda*, por considerar que en autos no existe medio probatorio alguno que demuestre el daño sufrido, máxime cuando no es posible determinar la situación de pérdida que la demandante alega, no siendo suficiente para ello el estado de pérdidas y ganancias que consta en autos. En consecuencia, es necesario que la presente causa sea vista en una vía que cuente con estación probatoria, donde se puedan merituar mayores elementos de juicio.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 27 de enero de 2003, confirmó la apelada por las mismas consideraciones, debido a que no se ha acreditado el estado de pérdidas alegado, siendo insuficientes los documentos probatorios presentado por la empresa demandante.

PRECEDENTE

Sobre la cuestión de procedencia

5. En primer lugar, nos apartamos del criterio mediante el cual, afirmamos que *la vía previa no se encuentra regulada, y, por lo tanto no es exigible, cuando se cuestionan los efectos de un Decreto Supremo que ha sido dictado contraviniendo lo dispuesto en el artículo 74 de la Constitución.* (STC 489-2000-AA/TC, STC 930-2001-AA/TC, STC 323-2001-AA/TC, STC 022-2000-AA/TC); por dos razones fundamentales:

A) Primeramente, porque de existir actos concretos de aplicación de una norma tributaria, como por ejemplo, órdenes de pago, resoluciones de determinación, multas o cobranzas coactivas; es evidente, que el reclamo de los mismos, debe seguir previamente el trámite administrativo establecido en la norma de la materia, esto es, el Código Tributario. En ese sentido, no es cierto que en estos casos, la vía previa no se encuentre regulada, puesto que, ante la exigencia arbitraria de una deuda tributaria, el contribuyente puede reclamar en primera instancia, ante el órgano administrador del tributo, y luego apelar ante el Tribunal Fiscal, en cuyo caso, recién queda agotada la vía administrativa.

B) De otro lado, porque un Decreto Supremo, como norma reglamentaria, se encuentra subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución. Así, cuando se trata de materia tributaria, atendiendo al principio de reserva de ley del artículo 74° de la Constitución, cuando un Decreto Supremo regula esta materia, constituye un reglamento *secundum legem*, el cual sólo puede desarrollar la ley más no

trasgredirla ni desnaturalizarla. En estos casos, de extralimitar el contenido de una ley, no cabe duda que, un órgano administrativo como el Tribunal Fiscal, se encuentra plenamente facultado para pronunciarse al respecto, más aún cuando, el artículo 102º del Código Tributario, establece que, al resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía.

6. En consecuencia, cuando se cuestione los actos de aplicación de un Decreto Supremo como norma reglamentaria en materia tributaria, estamos en principio frente a un problema de conformidad con la Ley, para lo cual, debe agotarse la vía administrativa hasta llegar al recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal. Cabe advertir sin embargo, un inconveniente a esta regla: *los casos de normas autoaplicativas*.

7. En diversa jurisprudencia, este Colegiado ha señalado, que no procede el amparo directo contra normas cuando se trata de normas heteroaplicativas, es decir, que tienen su eficacia condicionada a la realización de actos posteriores; contrario a ello, si procede cuando el acto lesivo es causado por normas autoaplicativas, esto es, cuando no requieren de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma (STC 1314-2000-AA/TC, 504-2000-AA/TC, 0830-2000-AA/TC, 2670-2002-AA/TC, 487-2003-AA/TC).

Lógicamente, no resultaría exigible el agotamiento de la vía previa en el caso de normas autoaplicativas, pues, al ser susceptibles de afectar derechos fundamentales con su sola vigencia, el tránsito por esta vía podría convertir en irreparable la agresión. Más aún, al no requerir actos concretos de afectación, haría inviable un pronunciamiento por parte del Tribunal administrativo.

8. Cabe preguntarse entonces, si las normas tributarias cuestionadas en autos, son normas autoaplicativas. En la STC 1311-2000-AA/TC cuando se cuestionó la conformidad con el principio de legalidad, del Decreto Supremo N° 158-99-EF, señalamos que *“...si bien parece que el acto lesivo no se había producido al interponerse la demanda, pues no constaba en autos prueba de que el impuesto había sido aplicado o cobrado al accionante, es opinión de este Tribunal que el hecho de que el Decreto Supremo N° 158-99-EF no requiera de acto posterior alguno para su obligatoriedad, lo cual hace un dispositivo legal de eficacia inmediata, imperativo frente a los sujetos pasivos del impuesto, por lo que no puede negarse su naturaleza autoaplicativa o de acto aplicatorio, es decir, con mayor certeza de ocurrencia que la amenaza de violación del derecho (...) y por ende, procedía esta acción de amparo, aún cuando en la práctica no se hubiera realizado todavía el acto de aplicación y cobranza del impuesto...”*.

Este criterio es, de igual manera, aplicable al caso de autos.

9. En efecto, estas normas tributarias son del tipo autoaplicativas, pues en la medida que el demandante sea sujeto pasivo del tributo y se configure en su caso el hecho imponible de la norma, la misma ya le es exigible, es decir, ya se encuentra obligado al pago sin esperar que la administración desemboque su actuación administrativa para ejercer la cobranza de la deuda. Este será un caso de excepción para a la regla del agotamiento de la vía previa.

EXP.N° 1150-2004-AA/TC
BANCO DE LA NACIÓN

CASO

Con fecha 26 de febrero de 2002, el recurrente interpone demanda de amparo contra EsSalud y contra la titular del Quincuagésimo Segundo Juzgado “A” Civil Corporativo de Lima, doctora Mariella Chiriboga Mendoza, solicitando que se deje sin efecto la Resolución N.º 581, de fecha 28 de diciembre de 2001, por considerar que se han vulnerado sus derechos constitucionales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Alega que no ha sido ni es parte en el proceso judicial seguido por la Asociación de Trabajadores Renunciantes del Instituto Peruano de Seguridad Social (ATRIPPS) con el Instituto Peruano de Salud (IPSS), ahora EsSalud, sobre Pago de Reintegros y Remuneraciones Insolutas, en el que se dictó la Resolución N.º 581, en virtud de la cual se le ordenó el pago de intereses de un cheque girado a favor del IPSS. Sostiene, además, que existe prohibición legal expresa para dicho abono, conforme lo establece el artículo 181º de la actual Ley de Títulos Valores N.º 27287.

La Procuradora Pública encargada de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda solicitando que se la declare infundada por carecer de verosimilitud y de fundamentos de hecho y de derecho que sustenten su pretensión, agregando que el demandante no ha demostrado, fehacientemente, la alegada violación de sus derechos, y que el proceso de amparo no es la vía idónea para declarar la nulidad de resoluciones judiciales, como pretende el demandante.

EsSalud, por otra parte, afirma que en el proceso civil en que se expidió la resolución cuestionada no se exigió el pago de intereses de un cheque o título valor, sino el pago de intereses por los cinco años durante los cuales su depósito de dinero fue usufructuado por el Banco de la Nación.

La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 30 de setiembre de 2002, declara infundada la excepción de caducidad e improcedente la demanda, estimando que no se violó el derecho constitucional al debido proceso, ya que el demandante fue correctamente notificado con la Resolución N.º 581, no obstante lo cual interpuso su recurso de apelación fuera del plazo de ley, razón por la cual fue declarado improcedente.

La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 26 de setiembre de 2003 confirma la apelada argumentando que las acciones de garantía no proceden contra resoluciones judiciales o arbitrales emanadas de proceso regular.

PRECEDENTE

1. Inicialmente, es pertinente examinar si el Tribunal Constitucional es competente para analizar un proceso que contraponga los intereses de dos entidades de derecho público. La demanda en el presente caso ha sido presentada por el Banco de la Nación y dirigida básicamente contra el Seguro Social de Salud, ESSALUD, ex IPSS. Según el artículo 6 inciso 4 de la Ley 23506, aplicable al caso concreto, no proceden las acciones de garantía “de las dependencias administrativas, incluyendo las empresas públicas, contra los Poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución, por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones”. *Contrario sensu*, se observa que sí proceden los procesos constitucionales entre tales entidades en caso de que la actividad de la demandada no haya sido efectuada en el ejercicio regular de sus funciones, tal como se critica a ESSALUD. Es más, ya en anterior oportunidad (Sentencia del Expediente 918-98-AC/TC), este Colegiado se ha considerado competente para revisar un proceso iniciado por el Fondo Metropolitano de Inversiones – INVERMET, y dirigido contra la Municipalidad Distrital de Lince. Por estas consideraciones, en el presente caso, la relación jurídica procesal constitucional queda plenamente establecida entre demandante y demandada, más aún si la pretensión está dirigida a la tutela objetiva de derechos fundamentales, correspondiendo, por lo tanto, entrar a decidir sobre el fondo del asunto.

5. Este Colegiado considera que la obligación de pago de intereses exigido por el IPSS, actualmente ESSALUD, debe ser necesariamente materia de un proceso en el que sea debidamente emplazado el Banco de la Nación y en el que se determine, mediante sentencia firme, la procedencia de dicha obligación.

6. Uno de los derechos constitucionales que forman parte del debido proceso es el derecho de defensa, reconocido en el inciso 14) del artículo 139° de la Constitución. El Tribunal ha declarado que “El debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deban aplicarse a todos los casos y procedimientos existentes en el Derecho” (STC 071-2002-AA/TC), y que “Por virtud de él se garantiza que las personas, en la determinación de sus Derechos y Obligaciones cualquiera [que] sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral etc.), no queden en estado de indefensión” (STC 1230-2002-AA/TC). Dicho derecho garantiza, entre otras cosas, que las personas que intervienen en un proceso tengan la posibilidad de poder presentar las pruebas necesarias para acreditar los hechos que sirven de base a su pretensión.

EXP. N° 3361-2004-AA/TC JAIME AMADO ÁLVAREZ GUILLÉN

CASO

Con fecha 21 de agosto de 2002, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), en las personas de los consejeros señores Ricardo La Hoz Lora, Jorge Angulo Iberico, Teófilo Idrogo Delgado, Daniel Caballero

Cisneros, Fermín Chunga Chávez, Luis Flores Paredes y Jorge Lozada Stambury, con notificación a la Procuraduría General de los asuntos del Ministerio de Justicia y del CNM, solicitando que se deje sin efecto y sin valor legal el acuerdo del Pleno del CNM expresado en la Resolución N.º 381-2002-CNM, de fecha 17 de julio de 2002, publicado el 19 de julio, que decide no ratificarlo en el cargo de vocal superior, deja sin efecto su nombramiento y dispone la cancelación de su título; y, en consecuencia, que se disponga su inmediata reposición con el pago de los haberes dejados de percibir por el tiempo que dure su incorporación, más los intereses legales que se generen. Alega que el motivo de su no ratificación se sustenta en sus votos singulares como Presidente de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima.

Sostiene, asimismo, que la resolución o el acto que decide su no-ratificación no cuenta con motivación alguna, fundamentación que no está proscrita en la Constitución ni en el Reglamento del Proceso de Evaluación y Ratificación, aprobado mediante la Resolución N.º 241-2002-CNM, del 13 de abril, vigente en el momento de los hechos; por el contrario, el artículo 139º, inciso 5) de la Constitución, prescribe que todas las resoluciones judiciales deben tener motivación escrita. Añade que se ha vulnerado su derecho a la defensa y el principio de la inamovilidad de los jueces; y que una correcta interpretación del artículo 142º de la Constitución, respecto a la irrevocabilidad de las resoluciones del CNM, no invalida la interposición de acciones de garantía.

Con fecha 16 de setiembre de 2002, la Procuraduría demandada solicita que la demanda interpuesta sea declarada improcedente o infundada, alegando que el procedimiento de ratificación fue realizado de manera regular; que la resolución del CNM es irrevocable según la propia Constitución; y que en la no ratificación del magistrado no ha existido afectación alguna del derecho a la defensa o a las garantías del debido proceso.

Con fecha 25 de marzo de 2003, el Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima (fojas 121) declara infundada la demanda, por los siguientes motivos:

- i. Que, tomando en cuenta el debido proceso material, sí puede ser materia de un amparo la resolución de ratificación o no ratificación de un magistrado establecida en el artículo 142.º de la Constitución, en caso de no haberse realizado dentro del marco constitucional de la función del CNM.
- ii. Que no se vulnera el derecho constitucional a la permanencia en el cargo por el hecho de someter al demandante a un procedimiento de ratificación, figura claramente establecida en la Constitución.
- iii. Que, respecto al derecho a la defensa y a la motivación, pese a que en el caso concreto no existe fundamentación en la no ratificación, su exigencia no puede ser tomada en el mismo sentido que una destitución, pues ambas son de distinto carácter.

Con fecha 10 de mayo de 2004, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima resuelve confirmar la sentencia del a quo por los siguientes motivos:

- i. Que el derecho al servicio judicial con permanencia tiene límites constitucionales. Uno de ellos es de carácter temporal, debido a que el derecho de permanecer en el

servicio es por siete años, cumplidos los cuales se requiere una ratificación por parte del CNM, tal como ha sucedido en el presente caso.

ii. Que no se ha vulnerado el derecho a la defensa, por no ser la ratificación un acto de control disciplinario ante una falta cometida por el magistrado, sino un voto de confianza sobre la manera como se ha ejercido el cargo, por lo que no puede estar sujeto a las reglas de examen de faltas cometidas.

iii. Que en el procedimiento de ratificación tampoco se requiere fundamentación, pues esta ha sido excluida ex profesamente por los constituyentes, estando, por tanto, la no motivación constitucionalizada.

La Sala, para llegar a esta conclusión, asume los criterios vertidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N.º 1941-2002-AA/TC, que es de observancia obligatoria.

PRECEDENTE

§2. Aplicación de la técnica del prospective overruling en el presente caso

7. Este Tribunal, consciente de la necesidad imprescindible del cambio que debe efectuarse a la jurisprudencia anterior con relación a los procesos de evaluación y ratificación de magistrados llavados a cabo por el CNM, considera que, en el presente caso, la técnica del prospective overruling es la que debe ser adoptada. En consecuencia, debe anunciar que, en lo sucesivo y conforme a lo que se establezca en el fallo de esta sentencia, los criterios asumidos en este caso deberán respetarse como precedente vinculante conforme al artículo VII del Título Preliminar del CPC, tanto a nivel judicial como también por el propio CNM. Es decir, en los futuros procedimientos de evaluación y ratificación, el CNM debe utilizar las nuevas reglas que se desarrollarán en la presente sentencia.

8. En ese orden de ideas, los criterios establecidos por este Tribunal constituyen la interpretación vinculante en todos los casos de no ratificaciones efectuadas por el CNM con anterioridad a la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano. En dichos casos los jueces están vinculados y deben aplicar la jurisprudencia de este Tribunal en los términos en que estuvo vigente, toda vez que, hasta antes de la fecha de publicación, la actuación del CNM tenía respaldo en la interpretación que este Colegiado había efectuado respecto de las facultades que a tal institución le correspondía en virtud del artículo 154.º inciso 2) de la Constitución.

Hechas estas precisiones preliminares, es momento de ingresar al análisis de las cuestiones planteadas en el caso de autos.

§3. Los nuevos parámetros para la evaluación y ratificación de magistrados

17. Las nuevas circunstancias habilitantes para un cambio jurisprudencial como el explicado, permiten que este Colegiado efectúe un reexamen de los principios vertidos sobre la materia.

18. Es correcto que el consejero vote por la ratificación o no de un magistrado con un alto grado de valor intrínseco, pero su decisión debe sustentarse en la apreciación obtenida en la entrevista realizada; en los datos proporcionados por el mismo evaluado; y en los informes recolectados de instituciones como las oficinas de control interno, la Academia de la Magistratura y otras entidades públicas, así como la proveniente de la participación ciudadana.

Al respecto, hay varios puntos a destacar, justamente a partir del nuevo parámetro brindado por el nuevo Reglamento de Evaluación y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, aprobado mediante la Resolución del CNM N.º 1019-2005-CNM –básicamente artículos 20.º y 21.º–, lo cual comporta a un mérito mucho más estricto de quien se somete a evaluación por parte de la Comisión:

- Calificación de los méritos y la documentación de sustento, contrastados con la información de las instituciones u organismos que las han emitido.
- Apreciación del rendimiento en la calidad de las resoluciones y de las publicaciones, pudiendo asesorarse con profesores universitarios. Se tomará en cuenta la comprensión del problema jurídico y la claridad de su exposición; la solidez de la argumentación para sustentar la tesis que se acepta y refutar la que se rechaza; y el adecuado análisis de los medios probatorios, o la justificación de la omisión.
- Análisis del avance académico y profesional del evaluado, así como de su conducta.
- Examen optativo del crecimiento patrimonial de los evaluados, para lo cual se puede contar con el asesoramiento de especialistas.
- Estudio de diez resoluciones (sentencias, autos que ponen fin al proceso, autos en medidas cautelares o dictámenes) que el evaluado considere importantes, y que demuestre, el desempeño de sus funciones en los últimos siete años.
- Realización de un examen psicométrico y psicológico del evaluado, con asesoramiento de profesionales especialistas. El pedido lo realiza el Pleno a solicitud de la Comisión.

Solamente utilizando dichos criterios el CNM logrará realizar una evaluación conforme a la Constitución, respetuosa de la independencia del PJ y del MP, y plenamente razonada; y, a su vez, criticable judicialmente cuando no se haya respetado el derecho a la tutela procesal efectiva en el procedimiento desarrollado.

19. Dejando atrás el carácter subjetivo que ha llegado a estar consignado como forma de actuación, lo que se requiere, a partir de ahora, es una decisión con un alto componente objetivo. El consejero ya no puede determinar, a su libre albedrío, qué juez o fiscal no continúa en el cargo, sino que, para hacerlo, deberá basarse en los parámetros de evaluación antes señalados.

Lo importante es que a través de este método ponderativo, se conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto⁷. En tal sentido, este Colegiado ha expresado en el fundamento 109 de la sentencia recaída en los Expedientes N.º 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC, que

(...) El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran (...).

Asimismo, el antes mencionado nuevo Reglamento de Evaluación y Ratificación de Jueces del PJ y Fiscales del MP, ha señalado claramente como parte de la Exposición de Motivos (Acápito ‘Sobre la decisión final’), que

Los procesos concluyen con una resolución motivada, en la que se deben expresar los fundamentos por los cuales se adopta la decisión de ratificación o de no ratificación, la que se materializa mediante votación nominal en la sesión convocada para tal efecto.

20. Con todo lo expuesto, y con una interpretación como la mostrada, la justificación del por qué está autorizado el CNM para realizar esta actividad correctora podría concretarse en que ésta realiza a través de un control interorgánico de los consejeros respecto a los jueces, basado en que la actuación indebida de estos últimos termina afectando claramente la potestas del Estado y, consecuentemente, de la población.

En este marco, este Tribunal considera que los datos objetivos que ahora se exigen a los consejeros imprimen al proceso de evaluación de magistrados un mejor margen para la motivación de sus resoluciones, lo que guarda coherencia con el respeto de los derechos fundamentales de los sometidos a la ratificación. El avance normativo sobre la materia es digno de resaltar.

§1. El acceso a la información procesal

26. Según la Constitución (artículo 139.º, incisos 4 y 15), el derecho a la información procesal se puede inferir del principio de ‘publicidad en los procesos’ y del ‘derecho a la información’ (con inmediatez y por escrito) atribuirle a toda persona para que se le informe de las causas o razones de su detención.

Así, el derecho a la información procesal es aquél según el cual el justiciable está en la capacidad de tener acceso a los documentos que sustentan una resolución, tanto para contradecir su contenido como para observar el sustento del juzgador al emitir su fallo.

7 Prieto Sanchis, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima, Palestra, 2002. p. 137.

27. Ahora bien, como parte de la tutela procesal efectiva, toda la información recibida por el CNM debe ser manejada con la mayor reserva posible, a fin de cautelar el derecho a la vida privada de jueces y fiscales, previéndose en el artículo 28° de la Ley Orgánica del CNM y en la V Disposición General del Reglamento del Proceso de Evaluación y Ratificación (tanto en el antiguo como en el nuevo), que no sólo los consejeros, sino también el personal de apoyo del CNM, habrán de guardar reserva respecto a las informaciones que reciben y deliberaciones que realicen. Pero donde el derecho adquiere una importancia inusitada es cuando se analiza si esta confidencialidad debe ser respetada con relación a los propios magistrados.

28. Este Colegiado ha ido determinando el carácter efectivo del derecho al acceso a la información. En el fundamento 5 de la Sentencia del Expediente N.º 0950-2000-HD/TC, caso Asociación de Pensionistas de la Fuerza Armada y la Policía Nacional, se ha considerado que al ser una facultad de toda persona de solicitar y recibir información de cualquier entidad pública, no debe existir

(...) entidad del Estado o entidad con personería jurídica de derecho público que resulte excluida de la obligación de proveer la información solicitada (...).

También se debe destacar la relación entre este derecho y el régimen democrático. Al respecto, este Colegiado ha señalado, en el fundamento 11 de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 1797-2002-HD/TC, caso Wilo Rodríguez Gutiérrez, que el acceso a la información pública,

(...) no sólo constituye una concretización del principio de dignidad de la persona humana (art. 1° de la Constitución), sino también un componente esencial de las exigencias propias de una sociedad democrática, ya que su ejercicio posibilita la formación libre y racional de la opinión pública.

29. No obstante, el CNM ha sustentado su negativa a entregar la información a los magistrados en lo dispuesto en su Ley Orgánica, básicamente en sus artículos 28.º, 42.º y 43.º, siendo, a juicio de este Tribunal, solamente el último de ellos, antes de su modificación, el que podría sustentar una denegación permisible. Al respecto, el referido artículo 43.º señalaba, antes de ser modificado por la Ley N.º 28489, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de abril de 2005, que estaba prohibido expedir certificaciones o informaciones de cualquier género a particulares o autoridades respecto a los datos contenidos en el registro. Dicho artículo, luego de su modificación, dispone que el CNM debe garantizar

(...) a la ciudadanía en general, a través de su portal web, el acceso a la información del registro, con las reservas del derecho de los postulantes y magistrados al honor, a su buena reputación y a su intimidad personal y familiar, conforme a ley.”

Es decir, dentro de un marco de confidencialidad.

Antes de la mencionada modificación legislativa, y a modo de interpretación normativa, este Colegiado había señalado en el fundamento 13 de la Sentencia del Expediente N.º 2579-2003-HD/TC, caso Julia Eleyza Arellano Serquén, que el propósito de dicho artículo de la ley orgánica no era tanto negar el carácter de

información pública a la información que se mantiene en el registro, sino, esencialmente, disponer su confidencialidad, restringiendo el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

30. Así, para poder determinar el verdadero límite existente entre confidencialidad e información pública, este Colegiado señaló, como parte del fundamento 20 de la Sentencia del Expediente N.º 1941-2002-AA/TC, la existencia de este derecho para todos los magistrados sujetos al proceso de ratificación, y subrayando el ineludible deber de entregar toda la información disponible sobre la materia, por parte del CNM, dentro de los parámetros señalados.

A partir de esta argumentación, el Tribunal Constitucional finalmente ha logrado señalar en el fundamento 15 de la Sentencia emitida en el antes citado Expediente N.º 2579-2003-HD/TC, que

(...) cabe deslindar si dentro de los sujetos a los cuales está destinada la restricción no se encuentra el titular de los datos que se mantienen en el registro. La restricción ha de entenderse, en efecto, sobre ‘los particulares o autoridades’ distintos del titular de los datos, no pudiéndose realizar una interpretación extensiva del concepto ‘particulares’, utilizado por el artículo 43º de la LOCNM, y comprender, dentro de él, al sometido al proceso de ratificación (...).

De esta argumentación genérica se desprende que todo magistrado sujeto a ratificación tiene derecho al acceso de: a) la copia de la entrevista personal, por ser la audiencia de carácter público, a través del acta del acto público realizado, y no únicamente el vídeo del mismo; b) la copia de la parte del acta del Pleno del CNM que contiene la votación y acuerdo de no ratificación del magistrado evaluado; y, c) la copia del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación. Similar es el criterio adoptado por el nuevo Reglamento de Evaluación y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, al establecer, en su exposición de motivos y en su tercera disposición complementaria y final, que el magistrado puede solicitar copias de las piezas del expediente y del informe final.

§2. La necesidad de un examinador independiente

31. El funcionamiento adecuado de todo órgano calificador y examinador es otro elemento esencial para prevenir el abuso de poder por parte del Estado, y por ende, para proteger los derechos de la persona. En efecto, el corolario fundamental de su existencia es la posibilidad de acudir ante los órganos con el fin de asegurar la efectividad de los derechos. Es más, para que un órgano con capacidad vigilante pueda servir de manera efectiva como órgano de control –garantía y protección de los derechos– no sólo se requiere su existencia formal sino, además, su independencia e imparcialidad, pues, como bien se ha señalado para el caso judicial, debe procurarse, según lo expresa el artículo 139.º, inciso 2), de la Constitución, la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Esta exigencia aplicada a los consejeros debe ser considerada como un requisito de idoneidad para participar en la evaluación de un magistrado. Los miembros del Consejo no deben tener una posición predeterminada respecto a los magistrados, a fin de que en su ámbito de actuación según conciencia, deban ser lo más neutrales posible.

32. Según el demandante, luego de que se pronunciara como presidente de la Sexta Sala Civil a favor de diversos ex magistrados que habían recurrido en amparo, se percató que los integrantes del CNM no lo iban a ratificar. Como prueba de ello abunda en que

(...) en publicaciones diversas el Presidente del Consejo se ha manifestado contra el referido pronunciamiento y se atreve inclusive a atribuirle de inconstitucional y de calificar a su autor como aplicador de una norma contraria a la Carta Fundamental, llegando al extremo de consentir con una periodista del Diario La República como que mi persona pertenecía a la red mafiosa del procesado Montesinos Torres¹⁰.

Por ello, consideró que con las declaraciones públicas formuladas, se le llegó a descalificar anteladamente como magistrado y como profesional en Derecho.

33. La normatividad específica sobre el tema de la ratificación señalaba, en el artículo VI del antiguo Reglamento del Proceso de Evaluación y Ratificación de Jueces del PJ y Fiscales del MP, vigente al momento de interponer la demanda, y que se mantiene con una redacción similar en el actual, con claridad que

Los miembros del Consejo no pueden ser recusados por realizar la función de ratificación de jueces o de fiscales. Los consejeros, bajo responsabilidad personal, deben abstenerse cuando en el conocimiento del acto de ratificación de algún juez o fiscal se encuentren incursos en cualquiera de las causales de impedimento que establece la ley.

Por tanto, se debe observar si un consejero se abstuvo, o no, de actuar en un caso concreto, debido a que, en principio, ningún magistrado puede ser recusado. Al respecto, como bien lo ha señalado este Tribunal en el fundamento 112 de la Sentencia del Expediente N.º 0010-2002-AI,

(...) el instituto de la recusación está destinado justamente a cuestionar la imparcialidad e independencia del juez en la resolución de la causa.

Por otro lado, en el artículo 305.º del Código Procesal Civil se señala que un juzgador está impedido de dirigir un proceso cuando haya sido parte en éste; si un familiar o un representado está interviniendo; si ha recibido personalmente o por familiares,

10 Acápite 2.3 de la demanda (fs. 24 del Expediente). De esta forma se configura lo que el propio demandante ha considerado: el haber sido “(...) objeto de la campaña de desprestigio de parte de la demandada (...)” [Solicitud para que se dicte sentencia de parte del demandante (fs. 113 del Expediente)].

beneficios o dádivas de alguna de las partes, antes o después de empezado el proceso; o si ha conocido el proceso en otra instancia.

Asimismo, según el artículo 313.º del referido código adjetivo, también puede excusarse por decoro.

Igualmente, en el novedoso sistema procesal penal –artículo 53.º, inciso 1), del nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N.º 957, aún en *vacatio legis*–, se establece que los jueces deberán inhibirse cuando directa o indirectamente tuviesen interés en el proceso o lo tuviere un familiar; cuando tenga amistad notoria, enemistad manifiesta o un vínculo de compadrazgo con el imputado o la víctima; cuando fueren acreedores o deudores del imputado, víctima o tercero civil; cuando hubieren intervenido anteriormente en el proceso; o cuando exista cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad.

Es decir, en el ordenamiento son diversas las disposiciones que tratan el tema de la inhibitoria por parte de quienes deben resolver. Lógicamente, en el caso de los consejeros, estas exigencias deben limitarse por razón de lo especial de su cometido, siendo así como la posibilidad de recusación se ve restringida.

34. El Tribunal Constitucional, en una anterior oportunidad, ha advertido un cuestionamiento a la independencia de los consejeros. La crítica, al igual que en el presente caso, se sustentó en la actuación parcializada de uno de los miembros del Consejo. El caso se sustentaba en que uno de los consejeros no había sido confirmado en su cargo en una sesión de la Sala Plena de la Corte Suprema cuando el recurrente era miembro de la misma y tenía un proceso abierto con el mismo consejero. Ante tal supuesto, este Colegiado no compartió el criterio expuesto por el recurrente, tal como lo expresa en el fundamento 27 de la Sentencia del Expediente N.º 2209-2002-AA/TC, caso Mario Antonio Urrello Álvarez:

En primer lugar, porque no fue el recurrente quien no ratificó al ahora consejero Idrogo Delgado, sino la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, como se desprende del documento obrante a fojas 45 y siguientes del cuaderno principal. En segundo lugar, no es exacto que el proceso judicial iniciado por el actual consejero Idrogo Delgado se haya promovido contra el recurrente, y que de esa manera exista entre ellos un conflicto de intereses, que comprometa su imparcialidad, pues se trata de un proceso judicial promovido contra el Poder Judicial en cuanto órgano, por no haber sido ratificado (...). En consecuencia, (...) no puede sostenerse que se haya violado el derecho de ser juzgado por un órgano imparcial.

De esta forma, sin estar expresamente reconocida, este Colegiado entró a analizar si existía o no independencia por parte de los consejeros, admitiendo implícitamente un derecho-regla más para los magistrados, en el ámbito del derecho-principio de la tutela procesal efectiva.

35. Ahora, es pertinente observar en el presente proceso constitucional si se configura alguna afectación al derecho de los magistrados a la independencia de los consejeros. De las pruebas documentales presentadas por la parte demandante, no se observa en

ningún extremo adelanto de opinión de parte de los consejeros. Tal como se puede observar, simplemente se ha señalado periodísticamente que

El Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) Ricardo La Hoz Lora, dijo que es anticonstitucional que el Poder Judicial acoja las acciones de amparo de los 26 magistrados (jueces y fiscales), quienes pretenden retornar a la administración de justicia. La Hoz señaló, sin embargo, que si el Poder Judicial repone a éstos nada podrá hacer¹¹, (...).

Asimismo, se ha observado que el referido Presidente del CNM

(...) solicitó ayer al presidente de la Sala Suprema, Óscar Alfaro, le informe las razones por las cuales la Sexta Sala Civil decidió admitir una demanda de reposición interpuesta por el no ratificado vocal supremo Mario Urrelo¹², (...).

Adicionalmente, las otras pruebas presentadas por el demandante no se refieren a declaraciones de consejero alguno, por lo que no pueden ser materia de revisión para el presente caso.

36. De tal análisis se pueden extraer algunas conclusiones. En primer lugar, no puede haberse solicitado la inhibición de todos los consejeros, si las declaraciones presentadas por el demandante únicamente se refieren a uno de ellos. Por lo tanto, no es lógico que se haya presentado un pedido de abstención al Pleno, si de las pruebas mostradas tan solo se ponía en tela de juicio la actuación de uno de sus miembros. En segundo término, de los medios probatorios presentados, no se colige con claridad la relación entre las expresiones vertidas por el consejero La Hoz y un adelanto claro de opinión. Es verdad que el entonces presidente del Consejo criticó la actuación de la Sala a la que pertenecía el recurrente, pero lo hizo en el marco constitucional [artículo 139.º, inciso 20), de la Constitución] del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley, sin llegar a demostrarse un ataque personal al demandante. Lo que no parece coherente con su función jurisdiccional, es tratar de atribuir responsabilidades al consejero por no haberlo defendido ante la opinión de los periodistas o de otras autoridades. De ello, por tanto, se desprende que no hubo afectación alguna al derecho del demandante.

§3. La exigencia de resolución motivada

37. La certeza judicial es el derecho de todo procesado a que las sentencias o resoluciones estén motivadas, la exposición de un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. Esta figura es acorde con la Constitución,

11 Entrevista aparecida en el diario *La República*, del 9 de mayo del 2002. Consta como Anexo V de la demanda (fs. 12 del Expediente).

12 Entrevista aparecida en el diario *La Razón*, del 8 de mayo del 2002. Consta como Anexo V de la demanda (fs. 15 del Expediente). Además, se presenta una transcripción de lo explicado por el referido consejero: “Quienes no quieren cumplir con la Constitución, siendo jueces, tendrán que asumir su responsabilidad, no ante nosotros sino ante la comunidad” [Entrevista, aparecida en el diario *La República*, del 6 de mayo del 2002. Consta como Anexo V de la demanda (fs. 16 del Expediente)].

cuando señala en su artículo 139.º, inciso 5), que es un principio de la función jurisdiccional,

(...) la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

38. En la demanda de amparo, el recurrente alega que, aparte que existe un derecho a la motivación de toda resolución, el Reglamento de Evaluación y Ratificación (se hacía referencia al ya modificado),

(...) no contiene en su normatividad ninguna que exonere a la institución de motivar sus decisiones.¹³

Tras la crítica realizada por el demandante respecto a la falta de fundamentación de la resolución del CNM, es imperioso establecer cómo debe observarse esta garantía del derecho al debido proceso en el caso de una no ratificación.

39. La motivación es una exigencia que si bien es parte de las resoluciones judiciales, debe ser observada en todo tipo de procedimiento, a la luz del artículo 139.º, inciso 5) de la Constitución, como una ‘motivación escrita’, pues, como lo prescribe el artículo 12º de la Ley Orgánica del PJ, todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, es decir, han de incluir expresión de los fundamentos en que se sustentan.

En ese sentido, toda resolución debe ser congruente a fin de calibrar en ella la debida correlación entre los hechos presentados y la base normativa (debe ceñirse al in dubio pro reo, es decir, la interpretación de las normas debe ser a favor del procesado), que sustentan la decisión final y lo que ésta determina. Y es justamente la motivación la que permitirá medir la congruencia en medida adoptada, por constituir un medio eficaz de control sobre la actividad del juzgador que permite la verificación pública de su convencimiento último¹⁴.

La motivación servirá básicamente por dos razones: para la eficacia del control jurisdiccional ex post y para lograr el convencimiento del juez respecto a la corrección y justicia de la decisión del CNM sobre sus derechos como ciudadano. Por tanto, la resolución congruente, sustentada en la motivación, descubre su pedestal en su articulación con el criterio de razonabilidad, a fin de regular adecuadamente el “margen de apreciación” que tiene el consejero para resolver de manera final, pese a la sensatez y la flexibilidad que se le ha impuesto en el ejercicio de sus funciones.

40. Dando un importante paso normativo, el propio CPC ha precisado con claridad que la motivación es parte esencial de las resoluciones del CNM, lo cual ha causado,

13 Acápite 3.1 de la demanda (fs. 24 del Expediente). Por esta razón, se debe señalar que “(...) la falta de motivación de una resolución, aun administrativa, es una transgresión al derecho de defensa (...)” [Solicitud para que se dicte sentencia de parte del demandante (fs. 116 del Expediente)].

14 En doctrina se señala que la motivación representa propiamente el razonamiento del juez respecto al juicio de razonamiento previo a toda decisión [TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova, Cedam, 1975. p. 119].

según se ha venido señalando, la existencia de un cambio jurisprudencial sobre la materia. Sobre esta base, es imprescindible ingresar a una nueva lógica de intervención del Tribunal Constitucional sobre la materia, de acuerdo al artículo 5.º, inciso 7), del CPC, el cual establece que cuando las resoluciones del CNM no han sido motivadas o dictadas sin previa audiencia al interesado, sí proceden los procesos constitucionales cuestionando las resoluciones en principio definitivas.

Por eso es importante que la Defensoría del Pueblo haya señalado que la falta de motivación de la ratificación

(...) vulnera los principios de dignidad de la persona, de interdicción de la arbitrariedad y de publicidad, que sustentan el ordenamiento jurídico peruano, y de la misma manera, afectan los derechos respectivos de los magistrados y magistradas no ratificados, así como su derecho a un debido proceso¹⁵.

Es pertinente señalar que este tema tampoco es novedoso para este Colegiado. En el caso de los pases al retiro por la causal de renovación de los oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, ha señalado, en el fundamento 15 de la Sentencia del Expediente N.º 0090-2004-AA que, para evitar considerar a los actos discrecionales de la Administración como arbitrarios, estos han de ser motivados y basarse necesariamente en razones, esto es, que no constituyan una mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte. Este análisis es el que habrá de realizar este Colegiado respecto a las resoluciones del CNM.

Más aún, una interpretación literal del artículo 154.º, inciso 2), de la Constitución, no impide la motivación resolutoria. Que explícitamente se haya requerido la fundamentación en las sanciones disciplinarias a imponer [artículo 154.º, inciso 3)], no implica –en ningún supuesto– que para la ratificación no pueda exigirse también este derecho-regla como garantía de los magistrados. Se plantea, entonces, una interpretación del precitado dispositivo, conforme a la Constitución, utilizando los principios de unidad constitucional y eficacia práctica e integradora, sólo con el fin de reconocer la eficacia de la tutela procesal efectiva en la ratificación de jueces y fiscales.

41. Y si bien se presenta como claro e interesante que exista una discrecionalidad en la actividad de los consejeros (como la tiene cualquier juzgador), ello no puede servir como base para la vulneración de los derechos de los jueces y fiscales; antes bien, sus resoluciones deben estar sometidas a criterios jurídicos que reflejen los valores, principios y derechos que la Constitución reconoce.

Por tanto, según el fundamento 36 de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 0090-2004-AA,

15 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Conclusiones de la Resolución Defensorial N° 038-2002/DP, de 28 de noviembre de 2002.

Este Colegiado concluye en que el control de constitucionalidad de los actos dictados al amparo de una facultad discrecional no debe ni puede limitarse a constatar que el acto administrativo tenga una motivación más o menos explícita, pues constituye, además, una exigencia constitucional evaluar si la decisión finalmente adoptada observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad con relación a la motivación de hechos, ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la medida y la decisión tomada, convierte a esta última también en una manifestación de arbitrariedad.

La línea que se acaba de mostrar no es novedosa en jurisprudencia comparada. Según la Sentencia Diez c/ Catán, 310: 1698, de la Corte Suprema estadounidense, las resoluciones

(...) con apoyo en razones subjetivas (...) llevan ínsito un claro voluntarismo sobre el tema, que permite descalificar las conclusiones a tenor de la doctrina de la arbitrariedad.

De esta manera, se ha llegado a señalar que una discrecionalidad demasiado fuerte puede llegar a la pura arbitrariedad.

42. Frente a lo que venía señalando el CNM respecto a esta materia, en una reciente norma, que se ha mencionado anteriormente, se ha cambiado el parámetro de actuación sobre la materia. Así, se puede observar en el artículo 29° del nuevo Reglamento de Evaluación y Ratificación de Jueces del PJ y Fiscales del MP, lo siguiente:

(...) el Pleno del Consejo, en sesión reservada, mediante votación nominal, decide renovar o no la confianza al magistrado evaluado, la que se materializa en una resolución de ratificación o de no ratificación, según sea el caso, debidamente motivada (...).

Es decir, toda decisión expedida por el CNM debe estar motivada. No se dice mucho al respecto, por lo que es conveniente que este Colegiado realice una interpretación conforme a la Constitución sobre este aspecto.

43. Como ahora está sujeto a un análisis de datos concretos, el consejero está en el deber de tomar una decisión sobre la base de los documentos e informes presentados. Es decir, debe sustentar su decisión en los medios que considera pertinentes. De lo expuesto, se desprende lo siguiente:

- Antes de emitirse el voto, debe existir discusión para cada caso concreto.
- Cuando realicen sus votos, los consejeros deben enumerar todos los datos que a su entender sustentan su posición, pero no tienen la obligación de explicar cuál es el razonamiento utilizado para llegar a tal determinación del voto.
- Esta fundamentación no es exigible a cada consejero, más si al órgano que está decidiendo la ratificación de un magistrado.

Este es el sentido que debe otorgar a la motivación para el caso de la ratificación, en la cual debe tenerse en cuenta tanto la razonabilidad y proporcionalidad resolutive. Es

decir, puede retomarse para este caso la razonabilidad exigida para resolver los procesos disciplinarios, establecida por el artículo 3.º del ya citado Reglamento de Procesos Disciplinarios del CNM, que señala que

[l]os Consejeros valoran los medios probatorios en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, independencia e imparcialidad,

y que ha sido entendido por este Colegiado (fundamento 35 de la Sentencia del Expediente N.º 0090-2004-AA) al considerar que la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado, motivo por lo cual se habrá de exigir la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto. Esto quiere decir que debe existir relación directa entre los fundamentos utilizados por los consejeros y la decisión de ratificar, o no, a un magistrado.

<p style="text-align: center;">EXP. N.º 0168-2005-PC/TC MAXIMILIANO VILLANUEVA VALVERDE</p>

CASO

Con fecha 1 de octubre de 2003, el recurrente interpone acción de cumplimiento contra la Oficina de Normalización (ONP) solicitando que se cumpla con determinar y ejecutar el pago de su pensión inicial de conformidad con lo dispuesto por la Ley N.º 23908, que establece una pensión mínima no menor de tres remuneraciones mínimas vitales, así como que se ordene el reintegro de las pensiones devengadas y sus respectivos intereses legales.

La ONP contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente. Alega que la Ley N.º 23908 estableció el monto mínimo de la pensión en tres sueldos mínimos vitales, pero no dispuso que fuera, como mínimo, tres veces más que el básico de un servidor en actividad, el cual nunca llegó a ser igual al Ingreso Mínimo Legal, que estaba compuesto por el Sueldo Mínimo Vital más las bonificaciones por costo de vida y suplementaria. Añade que dicha norma fue derogada.

El Primer Juzgado Civil de la Corte Superior del Santa, con fecha 5 de abril de 2004, declaró fundada la demanda estimando que el recurrente adquirió los derechos reconocidos por la Ley N.º 23908, puesto que se encontraba vigente cuando aquél obtuvo su pensión.

La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, con fecha 4 de noviembre de 2004, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda, argumentando que el recurrente no alcanzó el punto de contingencia antes del 19 de diciembre de 1992, fecha en que se derogó la Ley N.º 23908.

PRECEDENTE

Requisitos comunes de la norma legal y del acto administrativo para que sean exigibles a través del proceso de cumplimiento

14. Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes:

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo.
- c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional.

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá:

- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
- g) Permitir individualizar al beneficiario.

15. Estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a que hemos hecho referencia, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.

16. Del mismo modo, en este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. Asimismo, en ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que, comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda.

EXP. N° 5854-2005-PA/TC
PEDRO ANDRÉS LIZANA PUELLES

CASO

Con fecha 27 de diciembre de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución N.º 315-2004-JNE, de fecha 17 de noviembre de 2004, por considerar que vulnera el derecho fundamental al debido proceso.

Manifiesta que mediante acuerdo adoptado el 20 de julio de 2004, el Concejo Municipal de la Municipalidad Distrital de Canchaque-Piura, declaró improcedente la solicitud de vacancia en el cargo de Alcalde municipal, por causal de nepotismo, formulada en su contra por un ciudadano. Refiere que en aplicación del artículo 51º de la Ley N.º 27972 —Ley Orgánica de Municipalidades (LOM)—, el 20% de los miembros hábiles del Concejo solicitaron la reconsideración del acuerdo, la cual -aduce- fue declarada improcedente mediante una Resolución de Alcaldía (sic), con lo que quedó agotada la vía administrativa. Sostiene que, en consecuencia, esta última resolución sólo podía ser impugnada en un proceso contencioso administrativo, a pesar de lo cual el JNE ha declarado fundado un recurso de apelación interpuesto contra ella, ordenando su inmediata vacancia en el cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Canchaque.

El Procurador adjunto a cargo de los asuntos judiciales del JNE contesta la demanda manifestando que el literal u) del artículo 5º de la Ley N.º 26486 —Ley Orgánica del JNE—, en desarrollo del inciso 6) del artículo 178º de la Constitución, dispone que es competencia del JNE declarar la vacancia de los cargos elegidos mediante sufragio directo; que, conforme al artículo 23º de la LOM, el JNE debe resolver el recurso de apelación interpuesto contra el acuerdo del Concejo Municipal que declara o rechaza la vacancia solicitada; y que los actos de nepotismo que determinaron declarar vacante el cargo de Alcalde que ejercía el recurrente quedaron plenamente acreditados en sede del JNE, motivo por el cual se resolvió declarar fundado el recurso de apelación interpuesto. En suma -agrega-, la resolución del JNE ha sido expedida con plena observancia del derecho fundamental al debido proceso. Finalmente, sostiene que, sin perjuicio de lo expuesto, al pretenderse vía amparo dejar sin efecto una resolución emitida por el JNE, se afectan los artículos 142º y 181º de la Constitución que establecen que contra las resoluciones dictadas por el JNE, no procede recurso alguno.

El Quinto Juzgado Civil de Piura, con fecha 14 de marzo de 2005, declaró infundada la demanda, por considerar que el JNE ha actuado de conformidad con el artículo 23º de la LOM y sin afectar el derecho al debido proceso. Añade que la decisión jurisdiccional del JNE ha respetado la tutela procesal efectiva a la que hace referencia el inciso 8) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional.

La Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, con fecha 28 de junio de 2005, confirmó la apelada por sus mismos fundamentos.

PRECEDENTE

35. En tal sentido, sin perjuicio de lo que luego se sostendrá, llegado a este punto, el Tribunal Constitucional se encuentra en condiciones de afirmar que toda interpretación de los artículos 142º y 181º de la Constitución que realice un poder público, en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, toda vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente.

En aplicación del artículo VII del Título Preliminar del CPConst., este criterio normativo constituye precedente vinculante para todos los poderes públicos.

Todo juez y tribunal de la República -sea que realice funciones estrictamente jurisdiccionales o materialmente jurisdiccionales-, se encuentra vinculado por este criterio, bajo responsabilidad (artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y Primera Disposición Final de la LOTC).

<p style="text-align: center;">EXP. N° 2877-2005-PHC/TC LUIS SÁNCHEZ LAGOMARCINO RAMÍREZ</p>
--

CASO

Con fecha 22 de diciembre de 2004, el recurrente, don Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez, interpone demanda de hábeas corpus contra el magistrado del Cuadragésimo Juzgado Penal de Lima, don Manuel Iván Miranda Alcántara, por expedir irregularmente la resolución de fecha 17 de diciembre de 2004, en el proceso judicial signado con el N.º 115-2003. A través de la mencionada resolución fue declarado reo contumaz y se ordenó su captura.

El actor considera que lo sucedido constituye un acto procesal irregular que amenaza sus derechos constitucionales a la libertad personal y a la tutela procesal efectiva, garantizados por los artículos 2º, inciso 24, y 139º, inciso 3, de la Constitución. Para fundamentar tal aseveración, señala que el emplazado estaba impedido de dictar sentencia por encontrarse pendiente de resolver la excepción de prescripción presentada mediante escrito de fecha 20 de octubre de 2003, la cual se venía tramitando en cuerda separada, y, por tanto, debía resolverse con antelación al principal, conforme lo establece el artículo 5º, *in fine*, del Decreto Ley N.º 28117.

Con fecha 23 de diciembre de 2004, el emplazado manifiesta en la investigación sumaria que no se han vulnerado los derechos constitucionales invocados por el actor y que, además, ha actuado con conciencia e imparcialidad.

Precisa que, si bien no se ha resuelto la excepción de prescripción, esto es debido a que el Ministerio Público opinó que carece de objeto pronunciarse sobre la excepción mencionada por haber emitido acusación en el principal, aunándose a ello que el cuaderno de prescripción fue ingresado al despacho para resolver con fecha 18 de diciembre de 2004, cuando ya existía acusación fiscal, por lo que, encontrándose para resolver en ese estado procesal, la excepción debe resolverse conjuntamente con la resolución final.

Asimismo, refiere que luego de señalarse fecha para la lectura de sentencia por dos veces consecutivas, el recurrente se negó a presentarse ante el juzgado, por lo que fue declarado válidamente como reo contumaz.

Con fecha 30 de diciembre del 2004, el Decimosexto Juzgado Penal de Lima declara fundada la demanda, por considerar que se vulneraron los derechos alegados en dos sentidos; el primero respecto a la excepción de prescripción presentada por el demandante, admitida a trámite, y que no fue remitida a tiempo al fiscal, por lo cual éste no fundamentó debidamente su dictamen; y el segundo en cuanto a que el juez accionado, de manera irregular, señaló fecha de lectura de sentencia sin pronunciarse previamente sobre el mérito de la acción deducida.

Asimismo, no advierte una conducta dolosa para perjudicar al accionante, sino una interpretación equivocada de las normas procesales, de lo que se desprende que no resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 8° del Código Procesal Constitucional (CPCo).

Con fecha 5 de enero de 2005, el demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia del 30 de diciembre del 2004, en el extremo del fallo que ‘omite’ (sic) disponer que se remitan los actuados a la fiscalía provincial penal de turno, tal como lo señala el artículo 8° del CPCo, en caso que exista causa probable de la comisión de un delito.

Alega que el juez debió remitir al fiscal los actuados para los fines pertinentes, ya que existen pruebas irrefutables de que el demandado cometió dolosamente los delitos de abuso de autoridad y prevaricato, previstos en los artículos 316° y 318° del Código Penal.

Con fecha 21 de febrero del 2005, la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirma la apelada, considerando que el juez incumplió el procedimiento preestablecido por la ley procesal para el incidente de prescripción, por lo que la declaración de reo contumaz y la orden de captura son arbitrarias y vulneran el derecho constitucional al debido proceso. Por otro lado, considera que, al no evidenciarse causa probable de la comisión de algún ilícito penal en el accionar del demandado, no se debe aplicar lo establecido en el artículo 8° del CPCo.

El vocal Vinatea Vara Cadillo, en voto discordante, señala que debe revocarse la sentencia recurrida que declara fundada la demanda de hábeas corpus.

PRECEDENTE

§2. El RAC ante la resolución denegatoria judicial

15. El constitucionalismo contemporáneo se ha caracterizado por la voluntad de atribuirle una efectiva fuerza normativa a los derechos y libertades reconocidos en las Normas Constitucionales. La concepción de los derechos fundamentales determina, de este modo, la propia significación del poder público, al existir una íntima relación entre el papel asignado a tales derechos y el modo de organizar y ejercer las funciones estatales. Sólo configurando correctamente el RAC es que los derechos fundamentales actuarán legitimando, creando y manteniendo consenso, siempre en la búsqueda de la libertad individual y limitando el poder estatal.

El TC ha ido determinando con claridad hasta dónde puede llegar la elucidación de aspectos y materias de un RAC, por lo que es necesario examinar la línea jurisprudencial seguida hasta el momento. Este Colegiado considera que el RAC ha servido, entre otras cosas, para lo siguiente:

a.) Determinación de la tutela objetiva de derechos

Un tema como éste puede observarse en la sentencia del Expediente N.º 603-2004-AA/TC, referido a un proceso constitucional iniciado por la gerente del Grifo Ferraro frente a la Municipalidad Distrital de Bellavista, y que versa sobre la comisión de un supuesto abuso realizado a través de una resolución de Alcaldía que daba por finalizado un procedimiento coactivo en contra de la reclamante. Durante el curso del proceso constitucional, la demandada señaló que carecía de objeto pronunciarse, pues ella misma había dejado sin efecto la resolución cuestionada, y había ordenado suspender tal procedimiento. Por tal razón, el juzgador de primera instancia declaró improcedente la demanda, por sustracción de la materia. Sin embargo, tras la interposición de una apelación por parte de la recurrente, sorpresivamente la municipalidad encausada consumó la ejecución coactiva, con el cierre del local, retiro, demolición y erradicación del grifo. El *ad quem* confirmó la recurrida, pero no por sustracción de la materia, sino porque estimaba que no era posible suspender un procedimiento ya concluido.

Ante ello, este Colegiado consideró pertinente utilizar, para resolver el caso, lo dispuesto en el artículo 1º del CPCo, que en su tenor señala que

(...) Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

En tal sentido, el Tribunal consideró que la demandada, con su actuar, se encontraba evitando un pronunciamiento en contra de sus intereses, razón por lo cual declaró fundada la demanda y remitió copia de lo actuado al Ministerio Público para

determinar la responsabilidad penal del agresor. Se sustentó la decisión, tal como se presenta en el fundamento 3.c de la sentencia, en que

(...) el hecho de que la demandada haya utilizado un argumento efectista con el objeto de obtener un resultado determinado por parte de la jurisdicción, para posteriormente y de *motu proprio* variar las circunstancias y enervar su propio argumento, con el propósito de perjudicar de modo permanente a la parte demandante, representa un acto procesal absolutamente desleal, sobre todo para con la administración de Justicia Constitucional, que ha confiado preliminarmente en la buena fe y supuesta voluntad de retractación de la demandada. Es evidente, por otra parte, que de no haberse utilizado tal argumento, el resultado a nivel de primera instancia, cualquiera que hubiese sido su sentido, habría sido uno distinto a la declaratoria de sustracción de materia por cese de la afectación, debido a la necesidad en la que habría estado el juzgador constitucional de pronunciarse sobre el tema de fondo, es decir, determinar si hubo, o no, violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales reclamados (...).

Aparte de este caso, en otro (sentencia emitida en el Expediente N.º 351-96-HC/TC, S-161), se llegó a determinar que en una extradición que ya había concluido, también era pertinente dejar establecidas algunas reglas claras respecto al accionar de parte de las autoridades durante el trámite de la misma. Así, en el fallo se señaló que, si bien carecía objeto pronunciar sentencia sobre el fondo,

(...) no puede soslayarse el hecho de que concluida la etapa preliminar de extradición con el pronunciamiento del juez penal, su prosecución en otros niveles burocráticos resulta alarmantemente prolongada, máxime si un procesado o imputado goza de la universal presunción de inocencia, y siendo la libertad uno de los más preciados valores del ser humano, su limitación, pese a fundadas razones de orden legal, implica, particularmente en este caso, cuando menos, una falta de *sindéresis* funcional que obliga a este Colegiado a exhortar a los Poderes Judicial y Ejecutivo, en su caso, para que no sólo prioricen la atención de casos análogos con la celeridad debida, sin perjuicio de desarrollar – de no existir la infraestructura indispensable que permita custodiar a los extraditables durante su arresto o detención preventiva– un régimen apropiado a su dignidad personal, bajo la glosada presunción de inocencia; Que, igualmente, tampoco puede este Tribunal Constitucional dejar de pronunciarse sobre la precaria salud de la accionante, aspecto que, al parecer, no ha merecido la inmediata aplicación de oficio de las previsiones contempladas por el Código de Ejecución Penal sobre el particular, presunción que, de ser cierta, hace indispensable recomendar al Instituto Nacional Penitenciario (INPE) subsane las omisiones en que se habría incurrido, sin perjuicio de que los Poderes del Estado adopten las medidas legislativas y procedimentales que eviten dilatadas e innecesarias detenciones que resultan realmente clamorosas e incompatibles con la penología moderna y los derechos humanos.

Entonces, por más sustracción de la materia que exista, y por más imposible que resulte cautelar la tutela subjetiva de los derechos de una persona, igual se puede, vía

el RAC, proteger la eficacia y respeto de los derechos fundamentales, situación coincidente con el fin que este recurso posee.

b.) Establecimiento de los efectos de la protección subjetiva de derechos

Un aspecto especial de este tipo de proceso se puede encontrar en el paradigmático caso de la sentencia recaída en el Expediente N.º 2694-2004-AA/TC, promovida por José Silva Vallejo y dirigida contra el Consejo Nacional de la Magistratura, con el objeto de que se declaren nulos y sin efecto legal los acuerdos adoptados en contra de su persona. El *a quo* resolvió declarando fundada la demanda en lo referido a que la decisión de destitución no fue adoptada por mayoría simple (cuatro votos de los seis miembros que ingresaron al pleno, sino que lo que se produjo fue un empate, dado que tres votos se pronunciaron por la no destitución y tres por la destitución) e infundada la demanda en el extremo del pago de remuneraciones dejadas de percibir. Por su parte, el juzgador de segunda instancia consideró pertinente reclamar de la demandada que realice un nuevo pronunciamiento.

Aparte del tema de las remuneraciones, y he aquí lo importante en la presente demanda, el recurrente en su RAC critica la decisión jurisdiccional respecto a que sea el propio Consejo el que deba resolver nuevamente. Es decir, pese a que se declaró fundada la demanda en ese aspecto, el reclamante consideró preciso acudir al RAC pues las consecuencias de dicho fallo no se condecían, a su entender, con la protección efectiva de sus derechos fundamentales.

Ante ello, el TC consideró pertinente aceptar la reclamación realizada, pero decidió declararla infundada, bajo el argumento expuesto en el fundamento 9:

(...) este Colegiado no encuentra incongruencia entre la reposición y el mandato de que el CNM emita un nuevo pronunciamiento conforme al artículo 40 de la Ley N.º 26397 y las normas reglamentarias, por cuanto, con este mandato, la recurrida ha cumplido con la finalidad del proceso de amparo y no ha lesionado derecho constitucional alguno del recurrente. Este Tribunal Constitucional, estima que la recurrida ha efectuado una adecuada ponderación entre el derecho constitucional al debido proceso del demandante y la función disciplinaria que compete al CNM a que se refiere el artículo 154º incisos 2 y 3 de la Constitución.

De lo expuesto, y pese a que en el caso concreto no se le dio la razón al demandante, se desprende el hecho de que los efectos de una sentencia declarada fundada pueden terminar siendo inapropiados para la protección de los derechos fundamentales, y como el RAC busca tutelarlos en forma superlativa, sí cabe su formulación si es presentada y argumentada de forma razonable. Entonces, si el actor alega la incongruencia entre la declaratoria de fundada y las consecuencias de la misma, tiene claramente expedito el camino de este medio impugnativo.

c.) Decisión respecto a las excepciones deducidas

En diversos procesos que han llegado a este Tribunal, el RAC ha sido postulado en virtud de la denegatoria por parte de la judicatura ordinaria de la procedencia de la demanda, toda vez que la demanda planteada tenía un vicio de caducidad. El caso

policial ha sido el más llamativo al respecto. En sentencias de expedientes como los N.º 0079-2005-PA/TC, N.º 1623-2004-AA/TC o N.º 1098-2004-AA/TC, este Colegiado ha llegado a ingresar a analizar, en virtud de un RAC, lo referido a esta causal de procedencia. Es decir, no se llegó a centrar el estudio de la cuestión específicamente en la protección de un derecho fundamental, sino más bien se consideró pertinente resolverlo respecto a una excepción deducida.

La caducidad planteada (entendida como prescripción, según lo establecido en la sentencia del Expediente N.º 1049-2003-AA/TC, y claramente decretado para el amparo, el hábeas data y el cumplimiento en el artículo 44º del CPCo) está referida al plazo existente para interponer la demanda desde el momento en que el afectado toma conocimiento del acto lesivo. Con respecto al momento de que debe ser resuelta una excepción, el artículo 10º del CPCo ha sido muy explícito en señalar que es en la sentencia.

Ante ello, sólo cabe mencionar que este Colegiado considera que una lectura amplia y desventajosa de una excepción por parte de los juzgadores de primera y segunda instancias sí puede terminar vulnerando los derechos de las personas que acuden a los procesos constitucionales. Por ello, queda claramente habilitada la vía del RAC para solicitar la protección en este supuesto.

Ahora bien, si la sentencia de segunda instancia es declarada infundada o improcedente pero por una materia distinta a la de la excepción, y por tal motivo llega a este Colegiado, igualmente se puede declarar fundada la excepción de prescripción, porque sólo así se estará protegiendo objetivamente el orden constitucional, por más que ella no haya sido planteada por el recurrente sino más bien por el demandado. Lo contrario significaría desconocer el substrato de justicia en la labor de nuestra institución.

d.) Posibilidad de realizarse pagos accesorios

Sobre la base de la sentencia recaída en el Expediente N.º 0065-2002-AA/TC, se ha señalado que los pagos pensionarios se realizan no sólo sobre la base del monto de la jubilación correspondiente, sino que, además, pueden incluir los reintegros e intereses.

Sin embargo, en algunos casos, como lo sucedido en la sentencia del Expediente N.º 1793-2002-AA/TC, el juzgador de segunda instancia declaró fundada la demanda en lo relativo al pago de una bonificación especial (sobre la base del Decreto de Urgencia N.º 011-99), pero improcedente respecto a los devengados solicitados. Frente a ello, el recurrente presentó un recurso extraordinario solicitando exclusivamente el reembolso de tales devengados. Ante ello, el TC, reconociendo explícitamente el carácter accesorio de tal pedido, resolvió en el fundamento 2 que:

(...) habiendo la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima expedido sentencia estimatoria amparando la pretensión principal del demandante, corresponde que se le abonen los devengados que reclama.

Es decir, declarando fundada la demanda en dicho extremo, se ha llegado a reconocer la posibilidad de ser analizadas a través de un RAC, materias que aparecen como accesorias a una pretensión principal.

Significativa es también la sentencia emitida en el Expediente N.º 2057-2003-AA/TC, en la cual el accionante solicitó exclusivamente en la demanda el pago de reintegros e intereses devengados. Ante ello, los juzgadores de los dos grados judiciales declararon improcedente el pedido. No obstante, siguiendo la jurisprudencia ya mencionada, este Colegiado declaró fundada la demanda, y ordenó el pago correspondiente.

Como se puede observar, el pago de reintegros e intereses fueron considerados por el TC como una materia que merecía protección, a la luz de los artículos 10º y 11º de la Norma Fundamental. Esto equivale a señalar que sólo con tales pagos complementarios se podrá proteger integral y correctamente el derecho fundamental a la pensión.

Sin embargo, en la actualidad, este Colegiado ha venido a estipular en el fundamento 37.g de la sentencia del Expediente N.º 1417-2005-AA/TC, que

Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, *prima facie*, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria.

De ello se desprende que, en la actualidad, la protección constitucional de intereses y reintegros ya no serán materia de control constitucional concentrado, sino que serán derivados a vías igualmente satisfactorias para la persona. Por lo tanto, tampoco podrán ser ya materia de un RAC, pese a que en el pasado sí lo eran.

e.) Distinción de los alcances de la sentencia declarada fundada

Según el artículo 20º del CPCo, el pronunciamiento de este Colegiado sobre el recurso interpuesto tendrá dos consecuencias distintas, hecho que redundará en la viabilidad del RAC: si el Tribunal considera que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, la anulará y ordenará se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio; y, si el vicio incurrido sólo alcanza a la resolución impugnada, el Tribunal la revocará y procederá a pronunciarse por el fondo.

Con respecto a ello, debe fijarse con claridad cuál es la línea jurisprudencial que se debe seguir. El caso se refiere a la denegatoria del recurso por causa de vicio procesal por haber sido interpuesto por un abogado que no tenía la representación de los demandantes; es decir, que no fue éste el que firmó la demanda. Corresponde, entonces, unificar la jurisprudencia, léase, dejar sentado cuáles son los efectos de la declaración de denegatoria del RAC. El fallo adecuado es el que prescribe lo siguiente:

Declarar NULO el concesorio del recurso extraordinario, de *fojas xxx*, IMPROCEDENTE el recurso extraordinario, NULA la sentencia de *fojas xxx* y NULO todo lo actuado desde *fojas xxx* y que se reponga la causa al estado anterior al vicio procesal.

Esta es la solución que ha sido adoptada en las resoluciones de los Expedientes N° 2558-2004-AC/TC, N° 4396-2004-AA/TC, N° 2595-2004-AC/TC, entre otras.

Sin embargo, en otros casos similares, se ha resuelto de una forma distinta. En algunos casos se declaró subsistente la sentencia recurrida pero nulo el concesorio, tal como puede observarse en las resoluciones de los Expedientes N.° 1948-2004-AC/TC, N.° 2376-2004-AC/TC, N.° 2113-2004-AC/TC, N.° 2094-2004-AC/TC, N.° 2178-2004-AC/TC, N.° 2472-2004-AC/TC y N.° 2634-2004-AC/TC. En otros casos, lo que se ordena es que, antes de declarar firmes las resoluciones judiciales, se remitan los autos a la Corte Superior correspondiente, según se puede revisar en las resoluciones de los Expedientes N.° 2027-2004-AC/TC y N.° 2475-2004-AC/TC.

§1. El RAC y el funcionamiento del TC

22. Dentro del esquema que se ha ido presentando, este Colegiado, en tanto órgano constitucional, posee una autonomía procesal que le permite tener libertad para configurar el proceso constitucional en aquellos aspectos que no hayan sido intencionalmente regulados por el legislador y que sean necesarios para la adecuada realización de las funciones que le han sido atribuidas por la Constitución y su Ley Orgánica.

En el presente caso, corresponde ir determinando cuáles son las condiciones de procedencia de los RAC, las cuales deben verse reflejadas en cambios en el Reglamento Normativo, Resolución Administrativa N.° 095-2004-P/TC. Se implementarán las disposiciones que no vulneran los principios procesales generales que se desprenden de la Constitución, del CPCo y de su ley orgánica; y se procederá a regular la forma en que debe organizarse esta sede con la finalidad de llevar a cabo, de manera más efectiva, su función de control de la constitucionalidad y protección de los derechos fundamentales.

24. Hasta aquí, es posible afirmar que, con la finalidad de lograr un óptimo funcionamiento del servicio de justicia constitucional, antes que efectuar una reducción de las causas que lleguen al TC, es necesario realizar su reestructuración funcional, con la finalidad de que pueda ejercer su actividad de manera más eficaz.

Para conseguir un objetivo tan ambicioso es necesario recurrir a experiencias comparadas (básicamente, estadounidenses, hispanas y germánicas), y, tomando en cuenta sus principales aportes, conjugados con las características propias de nuestro sistema constitucional de protección de derechos, presentar un modelo lo más acorde posible con las necesidades de la justicia constitucional en el país.

a) Corte Suprema estadounidense

En los Estados Unidos de América se ha venido a proponer la figura del *'writ of certiorary'*, a través de la cual la Corte Suprema tiene la capacidad de *'escoger'* las

causas que llegan a su conocimiento y, lógicamente, evitar las que, a su entender, no corresponden a su magistratura. La implementación de esta figura se produjo a partir de 1925, cuando el *Judiciary Act* introdujo tal mecanismo con el fin de rechazar casos, al considerar que no existen razones especiales y de importancia para distraer su tiempo en su resolución.

Dado que las cuestiones constitucionales son altamente controvertidas, dicho tribunal sólo se considera en aptitud para resolverlas cuando se encuentren en el momento adecuado para ello. En este sentido, gracias a su jurisdicción discrecional, puede seleccionar los casos y ‘decidir no decidir’ los casos que no merecen su atención. A través de sus resoluciones, la Corte Suprema determina qué casos de relevancia van a ingresar a desarrollar y crear jurisprudencia. Eso sí, cuando no admite una petición, no arguye las razones por las cuales llega a tal decisión.

b) Tribunal Constitucional alemán

Por su parte, en Alemania, la decisión judicial tiene dos funciones, resolver un caso particular, protegiendo los derechos subjetivos del recurrente, y preservar el derecho constitucional objetivo, ayudando así a su interpretación y perfeccionamiento; se desarrolla así el doble carácter del proceso constitucional de libertad. Ello permite el establecimiento de las causales de procedencia de los recursos interpuestos ante el TC Federal. Es relevante precisar que gran parte de la protección de los derechos la realizan los tribunales ordinarios, pero siguiendo los precedentes emitidos por el TC.

Por tal motivo, se ha establecido que no todas las demandas de amparo sean admitidas por él. Entre las causales de inadmisibilidad mencionamos los siguientes supuestos: cuando la Sala ha decidido anteriormente casos de carácter idéntico, y cuando una cuestión es manifiestamente infundada. Dicha causal tiene como finalidad la función de realizar un filtro que impida someter al Tribunal cuestiones baladíes o absurdas, dentro del margen de lo establecido en la Constitución y en la normatividad procesal.

Asimismo, es posible que se admita solamente una parte del recurso o que se limite el alcance de la decisión que se adopte. El TC Federal alemán tiene autonomía para su reglamentación interna, sin autorización de la Ley Fundamental ni de la ley debido a que es un órgano constitucional.

c) Tribunal Constitucional español

En el caso español, al margen del establecimiento de causales de improcedencia precisas, el TC cuenta con una organización funcional, la cual permite que, de las siete mil doscientos un demandas de amparo ingresadas en el año 2003, por ejemplo, solamente fueron resueltas mediante sentencia doscientas siete demandas, y fueron declaradas inadmisibles ciento veintinueve por auto de inadmisión, cinco mil cuatrocientos veintiocho vía providencia de inadmisión, quinientas catorce por otras causas, y trescientos ochenta acumuladas con los anteriores. Estas cifras se alejan sustancialmente de las que existen en nuestro país, donde muy buena parte de las demandas acaban en sentencias.

Para dedicarse a un número reducido de resoluciones que versen sobre el fondo del petitorio, el TC ibérico ha venido utilizando la siguiente estructura: un Pleno (compuesto por doce magistrados), dos salas (integradas cada una por seis magistrados) y, para el despacho ordinario y la decisión sobre la admisibilidad de los recursos, el Tribunal se divide en cuatro secciones, integradas cada una de ellas por tres magistrados. En ese sentido, el artículo 8° de la Ley Orgánica del TC español, establece que:

Para el despacho ordinario y la decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos, el Pleno y las Salas constituirán Secciones, compuestas por el respectivo Presidente o quien le sustituya y dos magistrados.

Asimismo, el acápite Uno del artículo 50° de la misma norma, establece la posible inadmisión del recurso en los siguientes supuestos:

La Sección, por unanimidad de sus miembros, podrá acordar mediante providencia la inadmisión del recurso cuando concurra alguno de los siguientes supuestos: a) Que la demanda incumpla de manera manifiesta e insubsanable alguno de los requisitos (...). b) Que la demanda se deduzca respecto de derechos o libertades no susceptibles de amparo constitucional. c) Que la demanda carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional. d) Que el Tribunal Constitucional hubiera ya desestimado en el fondo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo en supuesto sustancialmente igual, señalando expresamente en la providencia la resolución o resoluciones desestimatorias.

De esta manera, las secciones han sido creadas con la finalidad de ser órganos que se aboquen a realizar un filtro de las demandas que llegan al TC, de tal manera que solamente sean resueltos mediante sentencia aquellos casos que hayan pasado este filtro.

25. El TC peruano, ante la situación de tensión –también presente a veces en otros tribunales, inclusive como los nombrados–, entre una protección óptima de los derechos fundamentales y una permanente sobrecarga de trabajo, requiere de una reorganización funcional en la prestación del servicio de justicia constitucional, de manera que ésta sea lo más efectiva posible y que cumpla, a su vez, con el propósito de garantizar el derecho de acceso a la justicia.

Para ello, tomando en cuenta cómo está dividido actualmente nuestro TC, se propone que una de las Salas que lo integran se encargue de revisar y determinar la procedencia de los RAC interpuestos. Los magistrados del TC constituidos en Sala o Pleno revisarán los recursos respecto de los cuales exista duda, discordancia o impliquen un caso difícil, así como los casos que merezcan un pronunciamiento sobre el fondo, y aquellos recursos que fundamenten fáctica y jurídicamente la necesidad de una variación del precedente vinculante vigente. Las Salas o el Pleno resolverán, en consecuencia, solamente aquellos recursos que hayan pasado por este nuevo filtro de procedencia.

Este nuevo funcionamiento del Tribunal no implicará un gasto mayor considerable por parte del Estado ni implicará un incumplimiento del artículo 5° de la Ley Orgánica, respecto del quórum requerido para el conocimiento de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, toda vez que el auto que se emita será validado por la Sala que esté a cargo de este examen.

28. Entonces, aparte de las prescripciones formales precisadas por el artículo 18°, este Colegiado considera importante que la Sala encargada del análisis de procedencia pueda actuar sobre la base de nuevos cánones de análisis *ex ante* de los RAC, estableciendo si cumplen con el fin para el cual se encuentran reconocidos.

Entonces, para que este Colegiado pueda ingresar a estudiar el fondo del asunto debe existir previamente una clara determinación respecto a la procedencia de los RAC presentados. En ella se insistirá en los siguientes aspectos, con la posible acumulación de casos idénticos:

- Identificación de vulneración manifiesta del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.
- Revisión de las demandas manifiestamente infundadas.
- Evaluación de los casos en los que ya se haya reconocido la tutela del derecho cuya protección fue solicitada en la demanda y respecto de los cuales se haya declarado improcedente o infundado el pedido de reparación o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales.

Debe tenerse cuidado de no declarar manifiestamente improcedentes cuestiones que, en realidad, deban requerir un análisis más profundo, pues cuando exista duda razonable al respecto, debe ser declarada la procedencia. Para la viabilidad de la reorganización propuesta se requieren de algunos presupuestos que este Colegiado debe ir determinando normativa y jurisprudencialmente.

31. En conclusión, el RAC, en tanto recurso impugnativo dentro de un peculiar proceso, como es el constitucional, debe ser utilizado como un mecanismo procesal especializado que permita que el TC intervenga convenientemente.

Aparte de los requisitos formales para su interposición, se requerirá que el RAC planteado esté directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; que no sea manifiestamente infundado; y que no esté inmerso en una causal de negativa de tutela claramente establecida por el TC.

EXP. N° 4853-2004-PA/TC DIRECCIÓN REGIONAL DE PESQUERÍA DE LA LIBERTAD

CASO

Con fecha 17 de octubre de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra los magistrados de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Trujillo,

así como contra el Juez del Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Trujillo, a fin de que se deje sin efecto la Resolución N.º 25, de fecha 30 de junio de 2003, expedida por la Sala emplazada en el trámite de un anterior proceso de amparo, seguido contra el Presidente del Consejo Transitorio de Administración Regional y otros.

Solicita asimismo que se deje sin efecto todos los actos posteriores a la referida sentencia, los mismos que están en etapa de ejecución. Sostiene que, en el referido proceso (expediente N.º 1954-02), luego de apelar la resolución de primer grado, sólo se habría dado respuesta a una de las apelaciones; la planteada precisamente por la Dirección Regional de Pesquería, mas no se hace referencia alguna al recurso interpuesto por el Gobierno Regional de La Libertad. De este modo, según argumenta, se habrían violado sus derechos a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y de defensa.

Mediante Resolución de fecha 5 de enero de 2004, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de La Libertad rechazó liminarmente la demanda, tras considerar que en el presente caso resultaba de aplicación el artículo 10 de la Ley N.º 25398, Ley Complementaria de la Ley de Amparo y Hábeas Corpus, la misma que establece que las anomalías que pudieran presentarse dentro de un procedimiento regular, deben resolverse al interior del mismo proceso, no siendo el proceso de amparo la vía adecuada para dicho propósito.

Con fecha 7 de setiembre de 2004,, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema confirmó la apelada, tras considerar que no se había violado el derecho al debido proceso, ya que el demandante había reconocido que la Sentencia cuestionada sí se pronunció sobre los puntos contenidos en su recurso de apelación.

PRECEDENTE

§7. Las nuevas reglas del “amparo contra amparo”

39. Sentado lo anterior resulta necesario establecer las reglas procesales y sustantivas del precedente vinculante para la procedencia, tanto del “amparo contra amparo” como también respecto del recurso de agravio constitucional a favor del precedente. Estas reglas deben ser interpretadas siempre atendiendo a los principios constitucionales *pro homine* y *pro actione*, a fin de que el proceso constitucional cumpla su finalidad de tutelar la supremacía jurídica de la Constitución y los derechos fundamentales.

A) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional de conformidad con el artículo 201 y 202.2 de la Constitución así como de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren el carácter de cosa juzgada, un precedente vinculante. En virtud de ello la presente sentencia, en tanto constituye cosa juzgada, se establece como precedente vinculante y sus efectos normativos se precisan en la siguiente regla sustancial.

B) **Regla sustancial:** Para la procedencia, por única vez, de una demanda de “amparo contra amparo”, el juez constitucional deberá observar los siguientes presupuestos:

(1) **Objeto.**– Constituirá objeto del “amparo contra amparo”:

a) La *resolución estimatoria* ilegítima de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo donde se haya producido la violación manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o que haya sido dictada sin tomar en cuenta o al margen de la mejor protección de los derechos establecida en la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional.

b) La *resolución desestimatoria de la demanda*, emitida en segundo grado por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, cuando ésta haya quedado firme en el ámbito del Poder Judicial y cuando en su trámite se haya violado, de modo manifiesto, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales de un tercero legitimado, cuya intervención en el proceso haya sido rechazada o en el que no haya solicitado intervenir por desconocer de dicho trámite; o tratándose del propio interesado, cuando éste, por razones que no le sean imputables, no haya podido interponer oportunamente el respectivo recurso de agravio constitucional.

c) En ningún caso puede ser objeto de una demanda de “amparo contra amparo” las resoluciones del Tribunal Constitucional, en tanto instancia de fallo última y definitiva en los procesos constitucionales.

(2) **Pretensión.**– El nuevo amparo podrá incluir como pretensión lo que ha sido objeto del primer amparo sólo si la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental es de tal intensidad que desnaturaliza la decisión misma y la convierte en inconstitucional; caso contrario, no procederá el “amparo contra amparo” por haberse configurado la cosa juzgada constitucional. También puede invocarse como pretensión en el nuevo amparo el desacato manifiesto de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal, conforme a los supuestos establecidos en el fundamento 17 de esta sentencia.

(3) **Sujetos legitimados.**– Las personas legitimadas para interponer una demanda de “amparo contra amparo” son las siguientes:

a) Frente a la *resolución estimatoria* ilegítima de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, donde se haya producido la violación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o se haya desconocido la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional; podrán interponer una demanda de “amparo contra amparo” los directamente afectados, siempre que tal afectación haya sido debidamente denunciada al interior del primer proceso de amparo y no haya sido respondida por el órgano judicial o lo haya sido de forma insuficiente. También están legitimados los terceros afectados por lo resuelto en el

primer amparo que no hayan sido emplazados o no se les haya permitido ejercer su derecho de defensa al interior del primer amparo.

b) Frente a la *resolución denegatoria* de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, cuando ésta haya quedado firme en el ámbito del Poder Judicial, y cuando en su trámite se haya violado, de modo manifiesto, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, podrá interponer una demanda de “amparo contra amparo” el tercero legitimado que, pese a haber solicitado su intervención en el primer amparo, no haya sido admitido o, teniendo la calidad de litisconsorte necesario, no haya sido notificado con la demanda. Asimismo lo podrá interponer el interesado que, por razones probadas, se hubiera encontrado imposibilitado de presentar el recurso de agravio constitucional oportunamente. En estos supuestos, será indispensable que, en el primer proceso de amparo, no exista pronunciamiento del Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional, sin importar quién lo haya interpuesto. Finalmente, conforme a lo señalado *supra*, sólo se ha de admitir por una única vez, sea que lo plantee el agraviado directamente o terceros.

(4) **Juez competente.**— A efectos de obtener un pronunciamiento de conformidad con el valor superior *justicia* y con el derecho fundamental a un juez imparcial, el juez de primer y segundo grado no deberá haber conocido la primera demanda de amparo.

§8. La reglas vinculantes del recurso de agravio a favor del precedente

40. A partir de lo desarrollado *supra*, este Colegiado procede a precisar las reglas aplicables para el trámite del nuevo supuesto establecido a través de esta sentencia, para la procedencia del recurso de agravio tratándose de una sentencia estimatoria de segundo grado.

A) Regla procesal: El órgano judicial correspondiente deberá admitir de manera excepcional, vía recurso de agravio constitucional, la revisión por parte de este Colegiado de una decisión estimatoria de segundo grado cuando se pueda alegar, de manera irrefutable, que tal decisión ha sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por este Colegiado en el marco de las competencias que establece el artículo VII del C.P.Const. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se contrae el artículo 19 del Código Procesal Constitucional.

B) Regla sustancial: El recurso de agravio a favor del precedente tiene como finalidad restablecer la violación del orden jurídico constitucional producido a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado en el trámite de un proceso constitucional. El recurso puede ser interpuesto por la parte interesada o por un tercero afectado directamente y que no haya participado del proceso, sea por no haber sido emplazado o porque, tras solicitar su incorporación, le haya sido denegada por el órgano judicial respectivo. El Tribunal resuelve en instancia final restableciendo el orden constitucional que haya resultado violado con la decisión judicial y pronunciándose sobre el fondo de los derechos reclamados.

EXP. N° 1412-2007-PA/TC
JUAN DE DIOS LARA CONTRERAS

CASO

Con fecha 10 de septiembre de 2003 el recurrente interpone demanda constitucional de amparo contra los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), que con fecha 5 de agosto de 2003 resolvieron no ratificarlo en el cargo de Vocal Superior Titular del Distrito Judicial de Lambayeque, pretendiendo que se declare la nulidad de la Resolución 323-2003-CNM de fecha 01 de agosto de 2003 a través de la cual se decidió no ratificar como magistrado al hoy demandante y se lo incorpore en el cargo que ostentaba hasta antes de la afectación a su derecho fundamental, asimismo peticona se le reconozca los derechos inherentes al cargo, entre ellos los pensionarios, de antigüedad y los beneficios laborales y remunerativos dejados de percibir.

Sostiene el demandante que por mandato constitucional fue convocado a pasar por el proceso de ratificación ante el Consejo Nacional de la Magistratura, cuyos miembros, luego de efectuar la evaluación correspondiente, se reunieron en sesión reservada y secreta para decidir sobre su ratificación. Concluida la referida sesión los integrantes de la citada institución del Estado decidieron no ratificar en el cargo de juez superior al accionante, sin comunicarle las razones o motivos que llevaron a dichos funcionarios del Estado a tomar tal decisión, bastando con la simple publicación en el Diario Oficial “El Peruano” de la lista de magistrados no ratificados. Todo ello a juicio del demandante colisiona con el derecho fundamental al debido proceso en su vertiente de motivación de las resoluciones.

Evacuada la resolución de primera instancia el Juez acogiendo lo dispuesto en el precedente vinculante 3361-2004-PA/TC declaró infundada la demanda por considerar que en los procesos ratificatorios evacuados hasta antes de la emisión del presente precedente no es obligatorio, para Consejo Nacional de la Magistratura en los procesos ratificatorios, motivar su resolución.

La Corte Superior de Justicia confirmó la recurrida por idénticos fundamentos.

PRECEDENTE

Primero.- Todas las resoluciones evacuadas por el Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales deben ser motivadas, sin importar el tiempo en que se hayan emitido; este criterio deberá ser tenido como fundamento a tener obligatoriamente en cuenta por los jueces de toda la República como criterios de interpretación para la solución de casos análogos.

EXP. N° 3908-2007-PA/TC
PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE
NACIONAL (PROVIAS NACIONAL)

CASO

Con fecha 3 de julio de 2006 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo y la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, solicitando que se declare nula y se suspenda los efectos de la Resolución N.º 12, de fecha 15 de marzo de 2006, que declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por don Jesús Ponce Failoc contra Provias Nacional y ordenó que lo reponga en su puesto de trabajo.

Sostiene que la resolución cuestionada vulnera sus derechos al debido proceso, a la tutela procesal efectiva y de defensa, debido a que la sentencia de la Sala emplazada omite fundamentar por qué se aparta del precedente establecido en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0206-2005-PA/TC, que señala que la vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo en el régimen laboral público es el proceso contencioso administrativo, y no el proceso de amparo. Agrega que al haberse resuelto la pretensión de reposición de don Jesús Ponce Failoc en el proceso de amparo recaído en el Exp. N.º 2005-1640-0-1701-J-CI-3, la sentencia de la Sala emplazada ha sido dictada en contravención del precedente establecido en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0206-2005-PA/TC y la sentencia de la Segunda Sala Laboral dictada en el Exp. 1853-2004-BE(S), que dispuso que don Jesús Ponce Failoc hiciera valer su derecho en la vía correspondiente.

La Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, con fecha 10 de julio de 2006, declara improcedente la demanda, por considerar que la sentencia emitida en el primer proceso de amparo ha sido emanada dentro de un proceso regular.

La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 23 de noviembre de 2006, confirma la apelada, por estimar que el precedente establecido en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0206-2005-PA/TC permite que se pueda acudir al proceso de amparo cuando se demuestre la falta de idoneidad del proceso contencioso administrativo o la urgencia del caso.

PRECEDENTE

9. En este orden de ideas, también debe señalarse qué sucederá con aquellos recursos de agravio constitucional interpuestos a favor del precedente que se encuentren en trámite y han sido concedidos por el Poder Judicial, así como con el cómputo del plazo de prescripción para interponer un “amparo contra amparo”, un “amparo contra hábeas corpus”, un “amparo contra hábeas data”, o un “amparo contra cumplimiento”. En este sentido, es oportuno precisar las siguientes reglas procesales a seguir:

- a. El auto que concede el recurso de agravio constitucional a favor del precedente que se encuentre en trámite será revocado y declarado improcedente y se ordenará la devolución de lo actuado al juzgado o sala de origen para la ejecución de la sentencia estimatoria de segundo grado.
- b. El cómputo del plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución estimatoria de segundo grado que supuestamente contraviene un precedente vinculante se computa a partir de la fecha de notificación de la resolución que revoca la concesión del recurso de agravio constitucional a favor del precedente.
- c. Los recursos de agravio constitucional interpuestos a favor del precedente que ya fueron resueltos por el Tribunal Constitucional, constituyen cosa juzgada, razón por la cual los que interpusieron el recurso referido no les queda habilitado el proceso de amparo contra amparo, amparo contra hábeas corpus, amparo contra hábeas data, o amparo contra cumplimiento.

c. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA POSTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 6164-2007-HD/TC
JHONNY ROBERT COLMENARES JIMÉNEZ

CASO

Con fecha 17 de julio de 2006, Jhonny Robert Colmenares Jiménez interpone demanda de hábeas data contra el Banco Continental – sucursal de Arequipa, solicitando se le ordene: a) rectificar la información de riesgos referida al reporte de deuda inexistente por S/. 10, 020.71, que se encuentra en la Central de Riesgos de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) con la calificación de cliente pérdida al cien por ciento (100%) en perjuicio de su perfil crediticio, reclasificándolo como cliente normal al 100%; b) suprimir los reportes deudor por la cantidad indicada, que en contra de la percepción crediticia del titular - demandante como cliente pérdida al 100%, viene informando a la Central de Riesgos de la SBS; y c) el reembolso de los gastos notariales incurridos y de las costas y costos que irroque el presente proceso, a ser liquidados en ejecución de sentencia. Manifiesta que se lesiona su derecho a la autodeterminación informativa.

La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, con fecha 12 de setiembre de 2007, que declara improcedente la demanda.

FUNDAMENTOS

§2. Tipos de hábeas data

2. Que este Colegiado considera pertinente, a efectos de cumplir la función pedagógica de sus resoluciones, precisar los tipos de hábeas data que se encuentran establecidos tanto en la Constitución Política (art. 200, inciso 3) como en el Código Procesal Constitucional (art. 61 °). En tal sentido, los tipos de hábeas data son los siguientes¹:

1. Hábeas Data Puro: Reparar agresiones contra la manipulación de datos personalísimos almacenados en bancos de información computarizados o no.

1.1. Hábeas Data de Cognición: No se trata de un proceso en virtud del cual se pretende la manipulación de los datos, sino efectuar una tarea de conocimiento y de

1 Mesía Ramírez, Carlos (2007) Exégesis del Código Procesal Constitucional Tercera Edición. Lima, Gaceta Jurídica S.A. p 559.

supervisión sobre la forma en que la información personal almacenada está siendo utilizada.

1.1.1. Hábeas Data Informativo: Está dirigido a conocer el contenido de la información que se almacena en el banco de datos (qué se guarda).

1.1.2. Hábeas Data Inquisitivo: Para que se diga el nombre de la persona que proporcionó el dato (quién).

1.1.3. Hábeas Data Teleológico: Busca esclarecer los motivos que han llevado al sujeto activo a la creación del dato personal (para qué).

1.1.4. Hábeas Data de Ubicación: Tiene como objeto que el sujeto activo del poder informático responda dónde está ubicado el dato, a fin de que el sujeto pasivo -el accionante- pueda ejercer su derecho (dónde).

1.2. Hábeas Data Manipulador: No tiene como propósito el conocimiento de la información almacenada, sino su modificación.

1.2.1. Hábeas Data Aditivo: Agrega al banco de datos una información no contenida. Esta información puede consistir: en la actualización de una información cierta pero que por el paso del tiempo se ha visto modificada; también puede tratarse de una información que tiene como objeto aclarar la certeza de un dato que ha sido mal interpretado; o incorporar al banco de datos una información omitida que perjudica al sujeto pasivo.

1.2.2. Hábeas Data Correctivo: Tiene como objeto modificar los datos imprecisos y cambiar o borrar los falsos.

1.2.3. Hábeas Data Supresorio: Busca eliminar la información sensible o datos que afectan la intimidad personal, familiar o cualquier otro derecho fundamental de la persona. También puede proceder cuando la información que se almacena no guarda relación con la finalidad para la cual ha sido creado el banco de datos.

1.2.4. Hábeas Data Confidencial: Impedir que las personas no autorizadas accedan a una información que ha sido calificada como reservada. En este tipo, se incluye la prohibición de datos que por el paso del tiempo o por sentencia firme se impide su comunicación a terceros.

1.2.5. Hábeas Data Desvinculador: Sirve para impedir que terceros conozcan la identificación de una o más personas cuyos datos han sido almacenados en función de determinados aspectos generales como la edad, raza, sexo, ubicación social, grado de instrucción, idioma, profesión.

1.2.6. Hábeas Data Cifrador: Tiene como objeto que el dato sea guardado bajo un código que sólo puede ser descifrado por quien está autorizado a hacerlo.

1.2.7. Hábeas Data Cautelar: Tiene como propósito impedir la manipulación o publicación del dato en el marco de un proceso, a fin de asegurar la eficacia del derecho a protegerse.

1.2.8. Hábeas Data Garantista: Buscan el control técnico en el manejo de los datos, a fin de determinar si el sistema informativo, computarizado o no, garantiza la confidencialidad y las condiciones mínimas de seguridad de los datos y su utilización de acuerdo con la finalidad para la cual han sido almacenados.

1.2.9. Hábeas Data Interpretativo: Tiene como objeto impugnar las valoraciones o conclusiones a las que llega el que analiza la información personal almacenada.

1.2.10. Hábeas Data Indemnizatorio: Aunque no es de recibo en nuestro ordenamiento, este tipo de habeas data consiste en solicitar la indemnización por el daño causado con la propalación de la información.

2. Habeas Data Impuro: Solicitar el auxilio jurisdiccional para recabar una información pública que le es negada al agraviado.

2.1. Hábeas Data de Acceso a Información Pública: Consiste en hacer valer el derecho de toda persona a acceder a la información que obra en la administración pública, salvo las que están expresamente prohibidas por la ley.

Aunque el Código hace una relación de los posibles casos de acumulación objetiva, las pretensiones en el hábeas data no tienen por qué entenderse como limitadas a los casos que establece la ley. Hay posibilidad de extender su alcance protector a otras situaciones o alternativas que pudiesen darse en la realidad. La propuesta del artículo 64° es simplemente enunciativa.

EXP. N° 3173-2008-PHC/TC TEODORICO BERNABÉ MONTOYA

CASO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por el Instituto de Defensa Legal contra la resolución de la Tercera Sala Penal con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, conformada por los votos de fechas 10 de mayo y 27 de julio de 2007, respectivamente, que declaran fundada la demanda de hábeas corpus.

FUNDAMENTOS

§. ¿Los amicus curiae tienen legitimación activa en los procesos constitucionales?

11. Asimismo, este Tribunal considera pertinente determinar si el amici curiae o los amicus curiae gozan de legitimación activa para ser parte en los procesos constitucionales, ya que si no gozan de ella, el recurso de queja y, por ende, el recurso de agravio constitucional interpuestos por el Instituto de Defensa Legal serían nulos de pleno derecho, pues éste carecía de las facultades para ello.

12. Pues bien, para determinar si los amicus curiae tienen legitimación activa en los procesos constitucionales hemos de recurrir a la práctica del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos. En este sentido, cabe destacar el artículo 36.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que establece que:

En interés de la buena administración de la justicia, **el Presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier** Alta Parte Contratante **que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante o que presente observaciones por escrito o a participar en la vista.**

Del artículo transcrito, puede concluirse que los amicus curiae intervienen en los procesos de tutela de derechos humanos: **a)** cuando son invitados por el Presidente de la Corte; **b)** en calidad de terceros y no de partes del proceso; y **c)** para presentar observaciones por escrito o a participar en la vista.

13. En buena cuenta, los amicus curiae no tienen derecho a la acción y ni siquiera actúan como parte procesal sino sólo como portadores de una opinión cualificada, política o técnica, que el Tribunal desea conocer. Por tanto, el Instituto de Defensa Legal no tenía la capacidad procesal para interponer los recursos de queja y agravio constitucional, pues actuaba como amici curiae y no como parte del proceso de hábeas corpus. Por esta razón este Tribunal estima que los recursos referidos son nulos de pleno derecho por contravenir el principio de legalidad de las formas, ya que los medios impugnatorios sólo pueden ser interpuestos por las partes del proceso y no por los amicus curiae, ya que éstos no tienen la calidad de partes ni mediatizan, desplazan o reemplazan a éstas.

7. ÁMBITO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

a. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA ANTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**EXP. N° 2945-2003-AA/TC
AZANCA ALHELÍ MEZA GARCÍA**

CASO

Con fecha 13 de agosto del 2002, Azanca Alhelí Meza García interpone acción de amparo contra el Estado peruano, representado en este caso por el Ministerio de Salud, solicitando que se le otorgue atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA, la que deberá consistir en a) la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento del VIH/SIDA, que deberá efectuarse a través del programa del hospital Dos de Mayo, y b) la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral, ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad de urgencia lo requiera.

Afirma que desde la fecha en que fue diagnosticada de tener VIH (1996), el Estado no ha cumplido con otorgarle un tratamiento integral, recetándole únicamente medicinas para tratamientos menores; que al no contar, en modo alguno, con los recursos económicos necesarios para afrontar el alto costo del tratamiento de esta enfermedad, la cual se está agravando al habersele detectado cáncer de tiroides, impetra al Estado que cumpla su obligación de atender la salud de la población en general, tal como se les provee a los enfermos de tuberculosis, fiebre amarilla y otras enfermedades, en consonancia con el principio de respeto a la dignidad de la persona, a la protección de sus derechos a la vida y la salud, así como su derecho a una atención médica integral para la enfermedad de VIH/SIDA, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley N° 26626.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente, argumentando que no se ha constatado en el presente caso la violación o amenaza concreta de ningún derecho. Asimismo, señala que si bien los derechos consagrados en el artículo 1° e inciso 1), artículo 2, de la Constitución, referentes al respeto de la dignidad de la persona, así como a la vida e integridad física, constituyen derechos fundamentales de observancia obligatoria, ello no implica una obligación por parte del Estado de prestar atención sanitaria ni facilitar medicamentos en forma gratuita a la demandante ni a

otra persona, siendo la única excepción el caso de las madres gestantes infectadas con el VIH y todo niño nacido de madre infectada, según lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto Supremo N° 004-97-SA, Reglamento de la Ley N° 26626; añadiendo que, según los artículos 7° y 9° de la Constitución, el derecho a la salud y la política nacional de salud constituyen normas programáticas que representan un mero plan de acción para el Estado, más que un derecho concreto.

El Cuadragésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 29 de octubre de 2002, declaró fundada la demanda, sustentando que la Ley N° 26626 establece que las personas con VIH/SIDA tienen atención a un tratamiento médico integral, por lo que no es admisible pretender que solo las gestantes infectadas con el VIH y todo niño nacido de madre infectada tenga derecho al tratamiento antiviral, más aun cuando las limitaciones a derechos se establecen por ley y no vía reglamento.

La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 13 de agosto de 2003, revocando la apelada, declara fundada en parte la demanda, considerando que la situación de la demandante (madre de familia, enferma de cáncer, sin recursos económicos y sin amparo familiar previsible) debe equipararse excepcionalmente a lo previsto en el artículo 10° del Decreto Supremo N° 004-97-SA.

FUNDAMENTOS

Derechos protegidos por la acción de amparo

4. La acción de amparo es un proceso constitucional que tiene por objeto la protección de los derechos establecidos en el artículo 24° de la Ley N° 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo). Por su parte, el artículo 25° de la referida norma, en concordancia con la Constitución de 1993, precisa que no dan lugar a la acción de amparo los derechos a que se refiere la undécima disposición final y transitoria de la actual Constitución, en tanto que la misma establece que las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente.

5. Esta disposición está referida a la exigencia de los denominados derechos económicos y sociales *-es el caso del derecho a la salud invocado por la recurrente-* que, en tanto obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena, en cuyo caso, el legislador ha dispuesto que no cabe su invocación vía la acción de amparo.

6. Si bien en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales establecidos en el artículo 2° de la Constitución, sino más bien se lo reconoce en el capítulo de los derechos económicos y sociales a que se refieren los artículos 7° y 9° de la Constitución, este Tribunal, al igual que nuestro similar colombiano, considera que cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la acción de amparo (*STC N° T- 499 Corte Constitucional de Colombia*).

7. No obstante lo dicho, dada la peculiaridad del presente caso, por tratarse de una solicitud de tratamiento médico integral gratuito a favor de la recurrente, es pertinente que este Tribunal se pronuncie sobre la naturaleza de los derechos económicos y sociales, como es el caso del derecho a la salud y su afectación concurrente con otros derechos. Asimismo, corresponde analizar la obligación del Estado en materia asistencial –para el caso de prestaciones de salud- conforme a los artículos 7°, 9°, la undécima disposición final y transitoria de la Constitución, en concordancia con el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los derechos económicos y sociales: ¿derechos programáticos?

8. Conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el caso Roberto Nesta Brero y más de 5000 ciudadanos contra la Presidencia del Consejo de Ministros (Expediente N° 008-2003-AI/TC), el Estado peruano, definido por la Constitución de 1993 presenta las características básicas de un Estado social y democrático de derecho, en el cual se requiere la configuración de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus presupuestos, y la identificación del Estado con los fines de su contenido social (*Fund. Jur.12*).

9. Este mínimo vital busca garantizar la igualdad de oportunidades en todo nivel social, así como neutralizar las situaciones discriminatorias y violatorias de la dignidad del hombre; por ello, el logro de estas condiciones materiales mínimas de existencia debe motivar la intervención del Estado y la sociedad de manera conjunta para la consecución de este fin.

10. Es ahí donde se hace necesaria la exigencia de los derechos sociales y económicos, también llamados derechos prestacionales, como la seguridad social, salud pública, vivienda, educación y demás servicios públicos, pues ellos representan los fines sociales del Estado a través de los cuales el individuo puede lograr su plena autodeterminación.

Debe entenderse, empero, que cuando se habla de *exigencia*, nos referimos al derecho de requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales, pues no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismos jurídicamente sancionables, al ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución.

Ahora bien, denominase comúnmente derechos sociales a las facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos con características accidentales diferenciadas con relación a otros por factores culturales, o que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales, es decir, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida, no acordes con la dignidad humana.

Marcial Rubio Correa [Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo 2, Lima: Fondo editorial de la PUCP, 1999, pág. 9] señala al respecto que “son reglas dictadas por el Estado para asegurar ciertas condiciones de relación de los seres humanos de una sociedad entre sí, y prestaciones que el Estado regula y [que] en algunos casos

debe prestar directamente a las personas, generalmente cuando están en incapacidad de proveer para ellos por sí mismas”.

11. No se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de *eficacia mediata*, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata*, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente.

Al respecto, Germán Bidart Campos [Teoría general de los derechos humanos. Buenos Aires: Astrea, 1991, pág. 335] consigna que “los derechos sociales no son distintos de los derechos individuales, sino que consisten en una ampliación del alcance de estos”. En puridad, todos los derechos humanos constituyen un complejo integral único e indivisible, en el que los diferentes derechos se encuentran necesariamente interrelacionados y son interdependientes entre sí.

En ese sentido, Jorge Adame Goddard [Derechos fundamentales y Estado. Instituto de Investigaciones Jurídicas N° 96, México 2002, pág.70] sostiene que “los derechos sociales son pretensiones [...] para que el Estado adopte determinadas políticas económicas y sociales encaminadas a ciertos fines promordiales. Por eso, en vez de hablar de un derecho al trabajo, a la educación, a un nivel de vida digno o a la salud, debe hacerse referencia de un derecho a exigir la implantación de medidas adecuadas para conseguir esos fines.

Lo que [...] denominase derechos, en realidad, son los fines a los que han de tender las medidas que adopte el Estado”.

12. Si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población.

13. De manera que los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución. Así, en algunos casos han sido planteados incluso como deberes de solidaridad que involucran no solo obligaciones del Estado, sino de toda la sociedad (Adame, Jorge Goddard. op.cit. pp. 59-85).

14. El reconocimiento de estos derechos implica, entonces, superar su concepción programática, perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución, así como la obligación del Estado, en la cual se impongan metas cuantificables para garantizar la

vigencia del derecho (*José Luis Cascajo Castro. La tutela constitucional de los derechos sociales. Cuadernos y Debates N° 5. Madrid. 1998, pág. 53*).

15. Esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social de derecho.

El principio de solidaridad

16. Es indubitable que en cualquier forma de vida comunitaria se hace necesario que esta se instaure y organice en relación con un fin compartido y cuyos logros, de alguna manera, alcancen a todos los que la conforman.

De ahí que al percibirse los denominados derechos sociales como fines esenciales de toda comunidad política, se deduzca que toda persona o grupo intermedio tenga que regir sus relaciones coexistentiales bajo el principio de solidaridad.

La solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial.

El principio de solidaridad promueve el cumplimiento de un conjunto de deberes, a saber:

- a) El deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común. En esa orientación se alude a la necesidad de verificar una pluralidad de conductas (cargos públicos, deberes ciudadanos, etc.) a favor del grupo social.
- b) El deber del núcleo dirigencial de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales.

El principio de dignidad de la persona

17. Partiendo de la máxima kantiana, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todas las planes de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas, pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas.

En razón de ello, en sede jurisdiccional ningún análisis puede desarrollarse sin verificar el respeto a la dignidad del hombre, tanto en la actuación del Estado como en la de los particulares.

18. Este Tribunal considera erróneo el argumento de la defensa del Estado cuando señala que el derecho a la salud y la política nacional de salud constituyen normas programáticas que representan un plan de acción para el Estado, más que un derecho concreto. Debe recordarse, entonces, que toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que en el caso de la

ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social.

Por esta razón, sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución (*Morón Díaz, Fabio. La dignidad y la solidaridad como principios rectores del diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social. Anuario de Derecho Constitucional. CIEDLA. Buenos Aires 2000. Pág. 668*).

19. El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada.

20. Bajo este principio, el Estado no solo actuará con respeto de la autonomía del individuo y de los derechos fundamentales como límites para su intervención – obligaciones *de no hacer*–, sino que deberá proporcionar, a su vez, los cauces mínimos para que el propio individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y la libre elección de sus planes de vida –*obligaciones de hacer*–.

21. El Tribunal Constitucional ya ha señalado anteriormente que no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real (*García Pelayo, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Madrid: Editorial Alianza. 1980, pág. 26*), lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas (*Roberto Nesta Brero y más de 5,000 ciudadanos contra la Presidencia del Consejo de Ministros, N° 0008-2003-AI/TC*) y que sirvan de garantía para el goce de los denominados derechos económicos, sociales y culturales.

22. Es innegable que en el caso de las personas diagnosticadas con VIH/SIDA y que padecen de la enfermedad, se carece de realismo al reconocerles algún estado de libertad o autonomía personal cuando la falta de recursos económicos –*como en el caso de la recurrente*– no les permite costear su tratamiento y conllevar las implicancias de esta enfermedad con dignidad.

Únicamente mediante un tratamiento adecuado y continuo pueden reducirse las manifestaciones no solo físicas, sino psicológicas de la enfermedad, logrando que en muchos casos el normal desenvolvimiento de las actividades del paciente no se vea afectado en un lapso de tiempo mayor que en aquellos casos donde la asistencia médica es casi nula. Es en este último caso donde la dignidad, la libertad y la autonomía de la persona se ven afectadas a consecuencia del deterioro de la salud y riesgo de vida del paciente, tornando a estos individuos en una suerte de parias sociales, lo que de ninguna manera puede ser admitido desde el punto de vista constitucional.

Los derechos económicos y sociales como deberes de solidaridad

23. Como ya se ha expuesto, la moderna concepción de los derechos sociales implica que no solo constituyan obligaciones de hacer del Estado, sino de toda la sociedad en su conjunto; por ello, la doctrina ha empezado a denominarlos deberes de solidaridad (*fundamento 13, supra*).

24. En una sociedad democrática y justa, la responsabilidad por la atención de los más necesitados no recae solamente en el Estado, sino en cada uno de los individuos en calidad de contribuyentes sociales. Es así como adquieren mayor sentido las sanciones jurídicas frente al incumplimiento de estos deberes, por ejemplo, las sanciones que se imponen ante la omisión del pago de impuestos, pues justamente a través de ellos se garantiza la recaudación y una mayor disponibilidad presupuestal para la ejecución de planes sociales.

25. Como bien lo ha señalado Jorge Adame (*op.cit.* pág. 82), reconocer los derechos sociales como deberes de solidaridad sirve a su vez para que cada individuo enfoque sus máximos esfuerzos en obtener aquellos bienes que representan sus derechos sociales, superando de este modo la visión paternalista que exige que la satisfacción de necesidades esté enfocada en manos del Estado. Para este Tribunal, conseguir bienestar y un nivel de vida digno es un deber conjunto, tanto de la sociedad como del propio individuo y el Estado, pero no exclusivamente de este.

El derecho a la salud y su relación inseparable con el derecho a la vida

26. Actualmente, la noción de Estado social y democrático de derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida y, en esas circunstancias, se impone principalmente a los poderes públicos la promoción de esas condiciones. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado. Dichos postulados propenden la realización de la justicia que avala los principios de dignidad humana y solidaridad y traspasa el reducido marco de la legalidad con el que se identificaba la noción clásica de Estado de derecho. Ahora el Estado está comprometido a invertir los recursos indispensables para desarrollar las tareas necesarias que le permitan cumplir con el encargo social de garantizar el derecho a la vida, la libertad, la seguridad y la propiedad privada.

27. Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos.

28. La salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida. Entonces, es evidente la necesidad de proceder a las acciones encaminadas a instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida, lo que supone el tratamiento orientado a atacar las manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo o morigerar sus efectos, tratando, en lo posible, de facilitar los medios que al enfermo le permitan desenvolver su propia personalidad dentro de su medio social.

El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido.

El derecho a la salud

29. La recurrente sostiene que es obligación del Estado brindarle el tratamiento integral del SIDA –enfermedad que se le diagnosticó en el año 1996– invocando lo dispuesto en los artículos 7° y 9° de la Constitución, desarrollado en el artículo 7° de la Ley N° 26626, Ley del Plan Nacional de Lucha contra el SIDA.

30. La salud puede ser entendida como el funcionamiento armónico del organismo tanto del aspecto físico como psicológico del ser humano. Es evidente que, como tal, constituye una condición indispensable para el desarrollo y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

Así, la salud implica el gozo del normal desarrollo funcional de nuestro organismo, lo que ha motivado que la Organización Mundial de la Salud (OMS) estime que dicho concepto no se limita a asociarlo con la ausencia de enfermedad, sino con el reconocimiento de una condición física mental saludable.

El artículo 7 de la Constitución, cuando hace referencia al derecho a la protección de la salud, reconoce el derecho de la persona de alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica. Por ende, tiene el derecho de que se le asignen medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, correspondiente al nivel que lo permiten los recursos públicos y la solidaridad de la comunidad.

Dicho derecho debe ser abordado en tres perspectivas, a saber: la salud de cada persona en particular, dentro de un contexto familiar y comunitario.

Por lo expuesto, los servicios públicos de salud cobran vital importancia en una sociedad, pues de ellos depende no solo el logro de mejores niveles de vida de las

personas, sino que incluso en la eficiencia de su prestación está en juego la vida y la integridad de los pacientes.

32. Como se ha señalado anteriormente, los derechos sociales, como la salud pública, no pueden ser exigidos de la misma manera en todos los casos, pues no se trata de prestaciones específicas, en tanto dependen de la ejecución presupuestal para el cumplimiento de lo exigido, lo contrario supondría que cada individuo podría exigir judicialmente al Estado un puesto de trabajo o una prestación específica de vivienda o salud en cualquier momento.

33. En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales.

El sentido de la undécima disposición final y transitoria de la Constitución de 1993

34. La defensa del Estado, en su escrito de fecha 13 de abril del 2004, sostiene que la undécima disposición final y transitoria que señala: *“Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente”*, debe observar el principio de legalidad presupuestaria del gasto público, por lo que el Estado no podría atender lo solicitado por la recurrente, ya que se trata de un gasto no presupuestado.

35. Al respecto, este Tribunal considera que aun cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad, y que es inadmisibles la ejecución de gastos no aprobados en la Ley de Presupuesto Anual, ello no resulta un alegato con fuerza suficiente frente a la amenaza o vulneración de derechos, pues es el caso que, *sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, los mismos puedan destinarse priorizando la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia, como en el caso de autos.*

Por consiguiente, consideramos que la recaudación presupuestal no puede ser entendida literalmente como un objetivo en sí mismo, olvidando su condición de medio para conseguir el logro de objetivos estatales, con fines de lograr una máxima atención a la protección de los derechos de los ciudadanos.

36. La realidad política de los últimos años ha revelado cómo la corrupción en el uso de los recursos públicos afectó de manera indirecta la atención de derechos como la educación, salud y vivienda. En razón de ello, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la undécima disposición final y transitoria de la Constitución, no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas.

37. Lo declarado en la undécima disposición final y transitoria de nuestra Constitución es concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los estados se comprometen a adoptar medidas

hasta el máximo de recursos que se disponga para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos la salud. Es evidente que el Estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas.

38. Así lo ha señalado este Tribunal en anteriores sentencias, indicando que los derechos económicos, sociales y culturales en cuya concreción reside la clave del bien común, no deben aparecer como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad dotado de metas claras y realistas. En esa línea, se afirma que la realización progresiva de los derechos humanos a lo largo de un determinado período no debe interpretarse en el sentido de que prive de todo contenido significativo las obligaciones de los estados establecidas en los pactos internacionales (*Bernales Ballesteros, Enrique. En: El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas. Comisión Andina de Juristas. Lima, 2004*).

39. En consecuencia, como jueces constitucionales, sin entrar a cuestionar la política de salud, *per se*, consideramos necesario analizar la actuación del Estado en el presente caso, al haberse alegado la afectación de derechos de la demandante que ponen en riesgo su propia vida. Si bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida solo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, esta falta de atención devendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión.

Sobre aspectos jurídicos relacionados con los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) y la salud pública en los países en desarrollo

40. Si bien el tema no se deriva directamente del petitorio de la demanda, este Tribunal considera conveniente pronunciarse sobre los aspectos relativos a derechos de propiedad intelectual reconocidos en compromisos internacionales; así como sobre las excepciones que establecidas y reconocidas formalmente en diversos documentos internacionales en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC), de la cual el Perú es país miembro desde 1995.

En efecto, cuando se advierta alguna dificultad en el cumplimiento de objetivos nacionales referidos a la salud pública, con la consiguiente afectación del derecho mismo y de a la vida de los ciudadanos -específicamente en los casos relacionados con enfermedades como VIH/SIDA, tuberculosis, paludismo y otras epidemias-, se ha establecido, mediante la Declaración Ministerial de DOHA del 14 de noviembre del 2001 relativa al acuerdo sobre propiedad intelectual y la salud pública (DOHA Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health), que si bien la protección de la propiedad intelectual es importante para el desarrollo de nuevas medicinas, no puede dejarse de lado la preocupación respecto a su efecto en los precios; de modo que los acuerdos sobre protección de propiedad intelectual no significarán una

obstrucción a los países miembros para tomar las medidas necesarias para proteger la salud pública y, particularmente, la promoción de medicinas para todos.

41. En tal sentido, dadas las dificultades para la provisión de medicinas esenciales para el tratamiento de enfermedades como el VIH/SIDA, es recomendable que el Estado peruano, dentro de su política de salud concerniente a la prevención y protección contra el SIDA, y como sujeto de derechos y deberes como país miembro de la OMC, utilice el máximo de provisiones y medidas que mediante una interpretación flexible del tratado sobre protección a la propiedad intelectual, claro está, dentro de los márgenes establecidos en el acuerdo del DOHA, le permita el cumplimiento de sus objetivos trazados en su política de salud.

42. Es importante recordar, entonces, que en el marco del acuerdo del DOHA, se convino en que los países miembros menos adelantados –como es nuestro caso– no están obligados, con respecto a los productos farmacéuticos, a implementar o aplicar las secciones 5 y 7 (referidos al tema de las patentes) de la Parte II del Acuerdo sobre Propiedad Intelectual (*Agreement on Trade-related aspects of Intellectual Property Rights*), ni a hacer respetar los derechos previstos en estas secciones hasta el 1 de enero de 2016, sin perjuicio de nuevas prórrogas.

La ejecución presupuestal en el caso de derechos sociales, económicos y culturales como inversión estatal

43. Es importante que, a colación del presente caso, el Tribunal deje sentada su posición respecto a la ejecución de políticas sociales para la máxima realización de los derechos que estas involucran y, en ese sentido, considera que es responsabilidad del Estado priorizar la recaudación y la distribución presupuestal en este tipo de planes.

44. Es importante que la ejecución presupuestal en las políticas sociales deje de ser vista como un mero gasto y se piense, más bien, en inversión social en aras del cumplimiento de un fin comunitario. Únicamente cuando todos los ciudadanos gocen de garantías mínimas de bienestar, podrán realizar satisfactoriamente sus planes de vida y, por consiguiente, brindar un mejor aporte a la sociedad en su conjunto, lográndose, de este modo, un mayor desarrollo como país.

45. La inversión social en casos como el de autos no se restringe a la atención de la persona ya infectada con VIH/SIDA, buscando paliar los efectos de la enfermedad, de modo tal que dicho individuo continúe aportando socialmente a través de sus capacidades, sino que se debe contar con un enfoque mayor en la etapa de prevención de la enfermedad, mediante programas de educación sexual e información pública sobre las consecuencias que genera la enfermedad, tanto en la persona como en la sociedad.

La provisión de tratamiento para los enfermos de VIH/SIDA según la legislación nacional

46. La Constitución de 1993, en sus artículos 7° y 9°, establece que todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa, siendo responsabilidad del

Estado determinar la política nacional de salud, al igual que normar y supervisar su aplicación.

47. Mediante la Ley de Desarrollo Constitucional N° 26626 se encargó al Ministerio de Salud la elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el VIH/SIDA y las enfermedades de transmisión sexual. En esta ley se establecen los principios que rigen el Plan de Lucha, destacando, entre ellos, el artículo 7° de la referida norma, en cuyo texto se reconoce a toda persona con VIH/SIDA el derecho a la atención integral y a la prestación previsional que el caso requiera.

48. La atención integral de una enfermedad *-conforme se ha establecido mediante ley-* debe entenderse como la provisión continua de la totalidad de requerimientos médicos (exámenes, medicinas, etc.) para superar sus consecuencias; por ello, este Tribunal no comparte los argumentos de la procuraduría del Ministerio de Salud cuando, invocando una disposición reglamentaria, señala que únicamente las madres gestantes infectadas y los niños nacidos de madres infectadas recibirán tratamiento antiviral gratuito.

La Ley N° 28243, publicada el 01 de junio de 2004, modifica la Ley N° 26626 estableciendo que la atención integral de salud es continua y permanente, indicando que *la gratuidad es progresiva para el tratamiento antirretroviral, con prioridad en las personas en situaciones de vulnerabilidad y pobreza extrema.*

Esta disposición está en consonancia con los principios de justicia y equidad en un Estado de derecho, pues evidentemente la satisfacción de necesidades debe enfocarse de manera prioritaria en aquellos que no pueden cubrirlas por sí mismos cuando se encuentren en situaciones de pobreza extrema.

Desde esta perspectiva, el Ministerio de Salud ha iniciado una campaña de tratamiento gratuito de terapia antirretroviral para los pacientes de bajos recursos afectados con el VIH/SIDA, que representa una de las primeras acciones que se viene adoptando para cumplir con el derecho a la atención integral que estas personas requieren.

49. Conforme lo hemos venido señalando a lo largo de esta sentencia, los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada, como se ha subrayado en los fundamentos anteriores, ya que ello devendría en una omisión constitucional.

Es necesario, entonces, recomendar acciones concretas por parte del Estado para la satisfacción de estos derechos, sea a través de acciones legislativas o de ejecución de políticas, como se ha podido observar en el caso de autos, en la medida en que el Ministerio de Salud viene implementando acciones concretas para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA.

50. De este modo, este Tribunal concluye concediendo protección jurídica a un derecho social, como lo es el derecho a la salud, pues en este caso en particular se han presentado las condiciones que así lo ameritan.

Este pronunciamiento a favor de la recurrente se fundamenta no solo por la afectación potencial del derecho fundamental a la vida, sino por *razones fundadas* en la propia legislación de la materia que ha dispuesto los cauces para la máxima protección de los enfermos de SIDA, mediante la promulgación de la Ley N° 28243, que modifica la Ley N° 26626; más aún cuando actualmente se viene promocionando una campaña de tratamiento gratuito de antirretrovirales para pacientes en condiciones de extrema pobreza, en cuyo grupo debe ser considerada la recurrente, toda vez que cuenta a su favor con una medida cautelar otorgada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (*fojas 23–75 del cuadernillo del Tribunal*).

b. PRECEDENTES VINCULANTES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

<p>EXP. N° 3482-2005-PHC/TC LUIS AUGUSTO BRAIN DELGADO Y OTROS</p>
--

CASO

Con fecha 16 de noviembre de 2004, don Luis Augusto Brain Delgado interpone demanda de hábeas corpus a su favor, y en beneficio de su esposa, doña Julia Patricia Barrientos Alcántara, y de su menor hijo, Sebastián Brain Barrientos; y la dirige contra Ricardo Lublin Frydman y Mirtha Salazar Becerra, presidente y secretaria, respectivamente, de la Junta de Vecinos del Parque Malpica, sito en la calle N.º 1 de la urbanización Monterrico Chico, en el distrito de Santiago de Surco; así como contra los vigilantes particulares René Gonzales Romero y Aníbal Suárez Gómez, solicitando que se disponga el retiro de las rejas que se han instalado en el referido parque y sus alrededores, donde se encuentra su domicilio, impidiendo el libre ingreso y tránsito vehicular y peatonal.

Manifiesta que si bien la citada Junta de Vecinos cuenta con autorización municipal para efectuar el enrejado de la calle N.º 1, de conformidad con la Resolución de Alcaldía N.º 4821, del 20 de agosto de 1992, de acuerdo con la misma norma, las citadas rejas, cuyo propósito es el control vehicular y proteger la seguridad ciudadana, deben permanecer abiertas entre las 7:00 horas. y las 20:00 horas, lo que, en el presente caso, no se viene cumpliendo. Refiere que desde el año 2000 reside en la calle 1, N.º 191, de la urbanización Monterrico Chico, fecha desde la cual empezó a aportar un monto de S/. 30.00 a la Junta de Vecinos, que el sistema de seguridad administra; pero que, a raíz de haber sido víctima de un robo en su vehículo y ante la indiferencia de la citada junta frente a sus reclamos, decidió dejar de aportar la cuota mensual, habiéndose producido desde entonces una actitud hostil hacia su persona por parte de los miembros de la junta y de los vigilantes, la misma que se ha manifestado en la retención indebida de su correspondencia o en no entregarla en su domicilio; en la obstaculización del paso de su vehículo y el de su familia y de vehículos de terceros que se dirigen hacia su domicilio (incluyendo una ambulancia que en determinado momento debió atender a su hijo); y, finalmente, en agresiones verbales hacia él y su esposa por parte de los vigilantes, quienes le han manifestado que, por no aportar sus cuotas, no tiene derecho alguno de reclamar. Reitera que las rejas permanecen cerradas todo el día y que cuando ingresan los que aportan a la Junta de Vecinos, el tránsito fluye sin ningún inconveniente, añadiendo que, al no permitirle ingresar diariamente, se ve obligado a bajar de su vehículo y abrir personalmente la reja, ya que los vigilantes aducen seguir órdenes expresas de la junta de impedirle el ingreso.

Practicadas las diligencias de ley se reciben las declaraciones de los demandantes (el recurrente y su esposa), quienes se ratifican en su dicho. Asimismo, se reciben las declaraciones de los demandados Daniel Lublin Frydman y Mirtha Margarita Salazar Becerra de Roca, en su condición de directivos de la Junta de Vecinos, quienes coinciden en señalar que la reja en cuestión permanece semiabierta, no existiendo restricciones o impedimentos contra el demandante para desplazarse con su vehículo. En todo caso, señalan, no se le brinda a este el servicio de seguridad y vigilancia porque no paga sus cuotas de mantenimiento; y ha presentado ante la Municipalidad una queja contra la Junta de Vecinos a fin de que retiren el enrejado. Finalmente, también se reciben las declaraciones de René Gonzales Romero y Aníbal Suárez Gómez, en su calidad de vigilantes, quienes señalan que, a raíz de que el demandante dejó de pagar sus cuotas, se procedió a recortarle los servicios de vigilancia, mas que en ningún momento se le ha restringido, ni a él, ni a sus familiares o sus trabajadores, el libre tránsito; tampoco se ha impedido que su correspondencia llegue a su domicilio. Agrega que anteriormente se recepcionaba dicha correspondencia por indicación del propio recurrente, pero, posteriormente, y a su solicitud, esta ya no se recepciona, permitiéndose el ingreso del mensajero en su domicilio.

El Cuadragésimo Tercer Juzgado Penal de Lima, con fecha 17 de diciembre de 2004, declara infundada la demanda en el extremo referido al retiro de rejas y fundada en el extremo referido al libre tránsito sin ningún tipo de restricciones. Tales consideraciones se sustentan en que no ha quedado acreditado que las rejas instaladas impidan el tránsito peatonal, ya que estas se encuentran abiertas y, por otra parte, están debidamente autorizadas; y que, sin embargo, sí se ha demostrado que el demandante tiene que bajar de su vehículo para abrir por completo la reja debido a que el personal de vigilancia no le brinda ni a él ni a su familia dicho servicio.

La Tercera Sala Penal con Reos en Cárcel, con fecha 11 de Febrero del 2005, confirma la apelada en el extremo que declara infundada la demanda, y la revoca en el extremo que la declara fundada, entendiéndola como infundada, por considerar que las rejas no están cerradas ni el demandante impedido de abrirlas, sino que este tiene que tomarse la molestia de abrirlas, lo cual es consecuencia de la restricción del derecho de libertad permitido por la ley.

PRECEDENTE

Hábeas Corpus de naturaleza restringida

3. En el caso de autos, se cuestionan directamente restricciones a la libertad de tránsito o de locomoción presuntamente producidas por haberse instalado en una vía de uso público un sistema de control mediante rejas y vigilancia particular. Se trata, por consiguiente, no de un supuesto de detención arbitraria frente al que normalmente procede un hábeas corpus de tipo reparador, sino de un caso en el que se denuncia una restricción a la libertad individual distinta a los supuestos de detenciones arbitrarias o indebidas; por lo tanto, estamos frente al denominado hábeas corpus de tipo restringido.

4. Conviene precisar que en los hábeas corpus del tipo señalado, aun cuando no esté de por medio una medida de detención, no quiere ello decir que la discusión o controversia a dilucidar resulte un asunto de mera constatación empírica. En estos casos, como en otros similares, es tan importante verificar la restricción a la libertad que se alega como lo señalado por las partes que participan en el proceso, además de merituar las diversas instrumentales que puedan haber sido aportadas. Al margen de la sumariedad del proceso, es necesario evaluar con algún detalle lo que se reclama y el elemento probatorio con el que se cuenta.

Los alcances genéricos de la libertad de tránsito o derecho de locomoción y la existencia de límites a su ejercicio

5. La libertad de tránsito o derecho de locomoción es, dentro del catálogo de atributos susceptibles de tutela por mediante el hábeas corpus, de los más tradicionales. Con el mismo se busca reconocer que todo nacional o extranjero con residencia establecida pueda circular libremente o sin restricciones por el ámbito de nuestro territorio patrio, habida cuenta de que, en tanto sujeto con capacidad de autodeterminación, tiene la libre opción de disponer cómo o por dónde decide desplazarse, sea que dicho desplazamiento suponga facultad de ingreso hacia el territorio de nuestro Estado, circulación o tránsito dentro del mismo, o simplemente salida o egreso del país. Dicho atributo, por otra parte, se encuentra también reconocido en los artículos 12° y 13° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 22° de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituyendo uno de los derechos de mayor implicancia en el ámbito de la libertad personal.

6. Siendo el derecho de tránsito o de locomoción un atributo con alcances bastante amplios, se encuentra, sin embargo, por mandato expreso de la propia Constitución y conforme a los criterios recogidos por los instrumentos internacionales antes referidos, sometido a una serie de límites o restricciones en su ejercicio. Dichas restricciones, por de pronto, pueden ser de dos clases: explícitas o implícitas.

7. Las restricciones calificadas como explícitas se encuentran reconocidas de modo expreso y pueden estar referidas tanto a supuestos de tipo ordinario, como los enunciados por el inciso 11) del artículo 2° de la Constitución (mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería o razones de sanidad), como a supuestos de tipo extraordinario (los previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 137° de la Constitución, referidos a los estados de emergencia y de sitio, respectivamente).

8. El primer supuesto explícito implica que ninguna persona puede ser restringida en su libertad individual, salvo que exista un mandato formal emitido por autoridad judicial. En dicho contexto, y aunque toda persona tiene la opción de decidir el lugar al cual quiere desplazarse y el modo para llevarlo a efecto, queda claro que cuando ella es sometida a un proceso, sus derechos, en buena medida, pueden verse afectados a instancias de la autoridad judicial que lo dirige. Aunque tal restricción suele rodearse de un cierto margen de discrecionalidad, tampoco puede o debe ser tomada como un exceso, ya que su procedencia, por lo general, se encuentra sustentada en la ponderación efectuada por el juzgador de que, con el libre tránsito de tal persona, no puede verse perjudicada o entorpecida la investigación o proceso de la que tal

juzgador tiene conocimiento. En tales circunstancias no es, pues, que el derecho se torne restringido por un capricho del juzgador, sino por la necesidad de que el servicio de Justicia y los derechos que ella está obligada a garantizar, no sufran menoscabo alguno y, por consiguiente, puedan verse materializados sin desmedro de los diversos objetivos constitucionales.

9. El segundo supuesto, mucho más explicable, y en parte advertido desde la propia idea que el derecho de locomoción solo le corresponde a los nacionales o extranjeros con residencia establecida, supone que quien, sin pertenecer a nuestro Estado, pretende ingresar, transitar o salir libremente de su territorio, se expone a ser expulsado bajo las consideraciones jurídicas que impone la Ley de Extranjería. La justificación de dicho proceder se sustenta en que si bien los derechos fundamentales son reconocidos universalmente, cuando se trata de aquellos cuyo ámbito de ejecución trastoca principios esenciales, como la soberanía del Estado o la protección de sus nacionales, el ordenamiento jurídico, sobre la base de una equilibrada ponderación, puede hacer distinciones entre quienes forman parte del mismo (del Estado) y aquellos otros que carecen de tal vínculo. En tales circunstancias, no es que se niegue la posibilidad de poder gozar de un derecho a quienes no nacieron en nuestro territorio o no poseen nuestra nacionalidad, sino que resulta posible o plenamente legítimo imponer ciertas reglas de obligatorio cumplimiento a efectos de viabilizar el goce de dichos atributos. Supuesto similar ocurre, en el ámbito de los derechos políticos, donde el Estado se reserva el reconocimiento y la obligación de tutela de derechos fundamentalmente para el caso específico o preferente de los nacionales, sin que con ello se vea perturbada o desconocida la regla de igualdad.

10. El tercer supuesto explícito tiene que ver con otra situación perfectamente justificada. Como resulta evidente, por razones de sanidad también puede verse restringido el derecho de tránsito, esencialmente porque, en tal caso, de lo que se trata es de garantizar que el ejercicio de dicho atributo no ponga en peligro derechos de terceros o, incluso, derechos distintos de los derechos de la persona que intenta el desplazamiento. Tal contingencia, de suyo, podría ocurrir en el caso de una epidemia o grave enfermedad que pudiese detectarse en determinada zona o sector del territorio del país. En tales circunstancias, la restricción al derecho de tránsito se vuelve casi un imperativo que el ordenamiento, como es evidente, está obligado a reconocer y, por supuesto, a convalidar.

11. Un cuarto supuesto explícito, aunque este último de naturaleza extraordinaria, se relaciona con las situaciones excepcionales que la misma norma constitucional contempla bajo la forma de estados de emergencia o de sitio y que suelen encontrarse asociados a causas de extrema necesidad o grave alteración en la vida del Estado, circunstancias en las que es posible limitar en cierta medida el ejercicio de determinados atributos personales, uno de los cuales es el derecho de tránsito o de locomoción. En dicho contexto, lo que resulta limitable o restringible no es el ejercicio de la totalidad del derecho o los derechos de todos los ciudadanos, sino de aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los objetivos de restablecimiento a los que propende el régimen excepcional, para cuyo efecto ha de estarse a lo determinado por referentes tan importantes como la razonabilidad y la

proporcionalidad.

12. Las restricciones implícitas, a diferencia de las explícitas, resultan mucho más complejas en cuanto a su delimitación, aunque no, por ello, inexistentes o carentes de base constitucional. Se trata, en tales supuestos, de vincular el derecho reconocido (en este caso, la libertad de tránsito) con otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes, a fin de poder determinar, dentro de una técnica de ponderación, cuál de todos ellos es el que, en determinadas circunstancias, debe prevalecer. Un caso específico de tales restricciones se da precisamente en los supuestos de preservación de la seguridad ciudadana, en los cuales se admite que, bajo determinados parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, es posible limitar el derecho aquí comentado.

El bien jurídico seguridad ciudadana y sus alcances

13. Aunque no existe una aproximación conceptual precisa en cuanto a lo que para la Constitución representa la seguridad ciudadana, sino, básicamente, un conjunto de características o elementos que permiten integrar lo que sería su contenido, esta puede ser catalogada como un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza o reparados en caso de vulneración o desconocimiento. Derechos como la vida, la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal suelen ser los principales referentes que integran el contenido de la seguridad ciudadana en atención a lo que del Estado y la colectividad se espera, siendo evidente que, por sus alcances, se trata fundamentalmente de un bien jurídico de relevancia antes que de un atributo o libertad a título subjetivo.

14. De alguna forma la idea de los bienes jurídicos relevantes se encuentra, pues, asociada al interés general, mientras que el concepto de derechos se asocia al interés subjetivo particular de quien reclama por su defensa. Lo dicho cobra especial importancia si se parte del supuesto que la ciudadanía ve cotidianamente arriesgada su seguridad como resultado del entorno conflictivo y antisocial, cuando no de la criminalidad mayoritariamente presente en las ciudades con abundante población y tráfico económico y, frente a lo cual se hace necesaria una específica política de seguridad en favor de la colectividad. En el Estado social de derecho, por otra parte, es incuestionable la existencia de roles vitales en relación con la consecución de grandes objetivos. Vista la seguridad ciudadana como uno de esos roles en los que todo Estado se compromete, no cabe discusión alguna respecto del papel relevante que le toca cumplir y la especial posición que el ordenamiento constitucional le suele otorgar.

15. Cabe precisar que cuando se trata de bienes jurídicos como los aquí descritos, no resulta extraño, sino perfectamente legítimo que, en determinadas circunstancias, y como se anticipó anteriormente, los derechos puedan verse restringidos en determinados ámbitos de su contenido, a fin de compatibilizar los objetivos sociales propios de todo bien constitucional con los intereses individuales correspondientes a todo atributo o libertad. Naturalmente, no es que los derechos se encuentren posicionados por debajo de los bienes jurídicos y ni siquiera a un mismo nivel o jerarquía, pero es evidente que ante la existencia de ambas categorías al interior del

ordenamiento se hace imperioso integrar roles en función de los grandes valores y principios proclamados desde la Constitución. En ese gran reto ponderativo el juez constitucional ocupa un papel gravitante.

Las vías de tránsito público y el establecimiento de rejas como medida de seguridad vecinal

16. Exceptuados los ámbitos de lo que constituye el dominio privado, todo aquel espacio que desde el Estado haya sido estructurado como referente para el libre desplazamiento de personas puede ser considerado una vía de tránsito público. Dentro de tales espacios (avenidas, calles, veredas, puentes, plazas, etc.), no existe, en principio, restricción o limitación a la locomoción de los individuos, esto es, no existe la necesidad de pedir autorización alguna ni ante el Estado ni ante particular alguno, pues se presume que la vía pública pertenece a todos y no a determinada persona o grupo de personas en particular.

17. Las vías de tránsito público, por otra parte, sirven no solo para permitir el desplazamiento peatonal, sino para facilitar otros ámbitos de su autodeterminación o el ejercicio de una diversidad de derechos constitucionales (trabajo, salud, alimentación, descanso, etc.); y como tales, se constituyen en un elemento instrumental sumamente importante del cual depende la satisfacción plena o la realización de una multiplicidad de objetivos personales.

18. Siendo las vías de tránsito público libres en su alcance y utilidad, pueden sin embargo, y en determinadas circunstancias, ser objeto de regulaciones y aun de restricciones. Cuando estas provienen directamente del Estado, se presumen acordes con las facultades que el propio ordenamiento jurídico reconoce en determinados ámbitos (como ocurre, por ejemplo, con las funciones de control de tránsito efectuadas por los gobiernos municipales); cuando provienen de particulares, existe la necesidad de determinar si existe alguna justificación sustentada en la presencia, o no, de determinados bienes jurídicos.

19. Justamente en la existencia o reconocimiento del bien jurídico seguridad ciudadana, se encuentra lo que, tal vez, constituya la más frecuente de las formas a través de la cual se ven restringidas las vías de tránsito público. Tras la consabida necesidad de garantizar que la colectividad no se vea perjudicada en sus derechos más elementales frente al entorno de inseguridad recurrente en los últimos tiempos, se ha vuelto una práctica reiterada el que los vecinos o las organizaciones que los representan opten por colocar rejas o mecanismos de seguridad en las vías de tránsito público. Aunque queda claro que no se trata de todas las vías (no podría implementarse en avenidas de tránsito fluido, por ejemplo) y que sólo se limita a determinados perímetros (no puede tratarse de zonas en las que el comercio es frecuente), es un hecho incuestionable que la colocación de los citados mecanismos obliga a evaluar si el establecimiento de todos ellos responde a las mismas justificaciones y si puede asumir toda clase de características.

20. Este Colegiado ha tenido la oportunidad de precisar, en ocasiones anteriores, que la instalación de rejas como medidas de seguridad vecinal no es, *per se*, inconstitucional, si se parte de la necesidad de compatibilizar o encontrar un marco

de coexistencia entre la libertad de tránsito como derecho con la seguridad ciudadana como bien jurídico. Lo inconstitucional sería, en todo caso, que el mecanismo implementado o la forma de utilizarlo resulte irrazonable, desproporcionado, o simplemente lesivo de cualquiera de los derechos constitucionales que reconoce el ordenamiento. Como lo ha sostenido la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 81 sobre “*Libertad De Tránsito y Seguridad Ciudadana. Los enrejados en las vías públicas de Lima Metropolitana*”, emitido en el mes de enero del 2004, pp. 42, “No se puede admitir un cierre absoluto de una vía pública ya que ello afectaría el contenido esencial del derecho al libre tránsito. Consecuentemente, se debe garantizar que los enrejados no sean un obstáculo para el ejercicio del derecho al libre tránsito, sino sólo una limitación razonable y proporcional. Ello quiere decir que dicha medida tiene que estar justificada por los hechos que le han dado origen, el crecimiento de la delincuencia; por la necesidad de salvaguardar un interés público superior, la protección del bien jurídico seguridad ciudadana; y debe ser proporcionada a los fines que se procuran alcanzar con ella”.

EXP. N° 0349-2004-AA/TC
MARÍA ELENA COTRINA AGUILAR

CASO

Con fecha 14 de febrero de 2003, la recurrente interpone acción de amparo contra el Alcalde de la Municipalidad Distrital de Los Olivos, solicitando que se suspenda la instalación de rejas metálicas en la intersección de la cuadra 74 del jirón Manco Cápac con la avenida Venus, en la urbanización El Trébol, 2.^a etapa, distrito de Los Olivos, la cual se encuentra a 30 metros de su vivienda, por considerar que con tal proceder se vulneran sus derechos constitucionales al libre tránsito y a los transportes.

Manifiesta la recurrente que en la citada urbanización existe un grupo de personas que con el apoyo del burgomaestre demandado se encuentran avocadas a instalar rejas metálicas en la vía pública argumentando que se necesitan medidas de seguridad para hacer frente a los supuestos robos que ocurren en el vecindario; y que no obstante que el emplazado ha sido advertido de que el enrejado es ilegal, sigue permitiendo la invasión de la vía pública. Agrega que la situación descrita produjo un primer incidente el 23 de enero de 2003, cuando un grupo de vecinos dirigidos por los ciudadanos Elsa Verano, Grisela Juana Caro Rosales y Julio W. Bueno Tirado tomaron posesión de la intersección de la cuadra 74 del Jr. Manco Cápac con Av. Venus a fin de instalar una reja de metal; que en tales circunstancias, y ante su pedido telefónico, se apersonó la Unidad N.º 003 del Serenazgo de Los Olivos, junto con la arquitecta Aranda, jefa de la Oficina de Servicios Urbanos de la municipalidad demandada, la cual indicó mediante Oficio N.º 119-2003-MDLO/DSU-LC-TP, de fecha 5 de febrero de 2004, párrafo primero, que la pretendida instalación de rejas de metal era ilegal, pero en su párrafo segundo anunciaba que se emitiría una ordenanza municipal que legalizaría la instalación de rejas en la vía pública, con lo que se estaría por cometer un abuso de la autoridad municipal. Manifiesta también que ha recurrido

a la autoridad municipal presentando quejas y solicitudes para denunciar el enrejado de la vía pública, y que no se han atendido sus reclamos. Añade que el alcalde demandado viene autorizando de forma verbal la instalación de rejas metálicas, ya que la municipalidad emplazada no cuenta con ordenanza que regule este hecho.

La emplazada contesta la demanda solicitando que se la declare infundada alegando que no existe vulneración del derecho constitucional al libre tránsito, toda vez que la demandante no ha señalado la forma en que la municipalidad estaría apoyando o autorizando la colocación del citado enrejado, y que, por el contrario, la propia recurrente señala en su escrito de demanda que han sido los mismos funcionarios de dicha comuna quienes han requerido a los vecinos que colocaban las rejas para que desistan de su iniciativa, lo que, en efecto, se ha producido conforme se desprende del Oficio N.º 105-2003-MDLO/DSU-LC-TP, que oportunamente les fue cursado. Agrega que no existe ordenanza alguna que viole el derecho constitucional invocado; que el amparo no procede contra normas legales, salvo las de carácter autoaplicativo, y que se encuentra acreditado con copia simple de la sentencia de hábeas corpus emitida por el Sexto Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte, con fecha 18 de febrero de 2003, que el enrejado que se habría colocado no vulnera derecho constitucional alguno.

El Tercer Juzgado Civil del Cono Norte de Lima, con fecha 21 de julio de 2003, declara fundada la demanda por considerar que la demandada, pese a haber recibido innumerables solicitudes para la colocación de dispositivos de seguridad en la vía pública y otros pedidos en contra de tal proceder, sigue permitiendo la instalación de rejas. Añade que la seguridad de los vecinos tampoco puede anteponerse al ejercicio del derecho fundamental invocado por la recurrente.

La Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, con fecha 27 de octubre de 2003, revocando la apelada, declara improcedente la demanda argumentando la existencia de sustracción de materia justiciable, ya que sobre los mismos hechos demandados existe pronunciamiento en un proceso de hábeas corpus (Exp. N.º 02-03-HC) seguido por la demandante contra doña Elsa Rosa Verano Aranzares y otros, en el cual, si bien se emite resolución de fecha 18 de febrero del 2003, que declara infundada la demanda, posteriormente esta es revocada mediante resolución de fecha 13 de marzo de 2003, que, reformando la apelada, declara fundada la demanda de hábeas corpus.

PRECEDENTE

Los alcances genéricos de la libertad de tránsito o derecho de locomoción y la existencia de límites o restricciones a su ejercicio

5. La libertad de tránsito o derecho de locomoción es, dentro del catálogo de atributos susceptibles de tutela procesal constitucional, de los más tradicionales. Con el mismo se busca reconocer que todo nacional o extranjero con residencia establecida pueda circular libremente o sin restricciones por el ámbito de nuestro territorio patrio, habida cuenta de que, en tanto sujeto con capacidad de autodeterminación, tiene la libre opción de disponer cómo o por dónde decide desplazarse, sea que dicho

desplazamiento suponga facultad de ingreso hacia el territorio de nuestro Estado, circulación o tránsito dentro del mismo, o simplemente salida o egreso del país. Dicho atributo, por otra parte, se encuentra también reconocido en los artículos 12° y 13° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el artículo 22° de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituyéndose en uno de los derechos de mayor implicancia en el ámbito de la libertad personal perteneciente a cada individuo.

6. Siendo el derecho de tránsito o de locomoción un atributo con alcances bastante amplios, sin embargo, por mandato expreso de la propia Constitución Política, y conforme a los criterios recogidos por los instrumentos internacionales antes referidos, se encuentra sometido a una serie de límites o restricciones en su ejercicio. Dichas restricciones, en términos generales, pueden ser de dos clases: explícitas e implícitas.

7. Las restricciones explícitas se encuentran reconocidas de modo expreso y pueden estar referidas tanto a supuestos de tipo ordinario, como los enunciados por el inciso 11) del artículo 2° de la Constitución (mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería o razones de sanidad), como a supuestos de tipo extraordinario (los previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 137° de la Constitución, referidos a los estados de emergencia y de sitio, respectivamente).

8. El primer supuesto explícito supone que ninguna persona puede ser restringida en su libertad individual, salvo la existencia de un mandato formal emitido por autoridad judicial. En dicho contexto, y aunque toda persona tiene la opción de decidir el lugar a donde quiere desplazarse y los mecanismos de los que se vale a tal efecto, queda claro que cuando ella es sometida a un proceso, sus derechos, en buena medida, pueden verse afectados a instancias de la autoridad judicial que dirige tal proceso. Aunque tal restricción suele rodearse de un cierto margen de discrecionalidad, tampoco puede o debe ser tomada como un exceso, ya que su procedencia, por lo general, se encuentra sustentada en la ponderación efectuada por el juzgador de que, con el libre tránsito de tal persona, no pueda verse perjudicada o entorpecida la investigación o proceso de la que tal juzgador tiene conocimiento. En tales circunstancias, no es, pues, que el derecho se restrinja por un capricho del juzgador, sino por la necesidad de que la administración de justicia y los derechos que ella está obligada a garantizar, no sufran menoscabo alguno y, por consiguiente, puedan verse materializados sin desmedro los diversos objetivos constitucionales.

9. El segundo supuesto, mucho más explicable y en parte advertido desde la propia idea que el derecho de locomoción solo le corresponde a los nacionales o extranjeros con residencia establecida, supone que aquel que, sin pertenecer a nuestro Estado, pretende ingresar, transitar o salir libremente de su territorio, se expone a ser expulsado del mismo bajo las consideraciones jurídicas que impone la ley de extranjería. La justificación de dicho proceder se sustenta en que si bien los derechos fundamentales son reconocidos universalmente, cuando se trata de aquellos cuyo ámbito de ejecución trastoca principios esenciales, como la soberanía del Estado o la protección de sus nacionales, el ordenamiento jurídico, sobre la base de una equilibrada ponderación, suele hacer distingos entre quienes forman parte del mismo

y aquellos otros que carecen de tal vínculo. En tales circunstancias, no es que se niegue la posibilidad de poder gozar de un derecho a quienes no nacieron en nuestro territorio o no poseen nuestra nacionalidad, sino que resulta posible o plenamente legítimo imponer ciertas reglas de obligatorio cumplimiento a efectos de poder viabilizar el goce de dichos atributos. Supuesto similar ocurre en el ámbito de los derechos políticos, donde el Estado se reserva el reconocimiento y obligación de tutela de derechos fundamentalmente para el caso específico o preferente de los nacionales, sin que con ello se vea perturbada o desconocida la regla de igualdad.

10. El tercer supuesto explícito tiene que ver con otra situación perfectamente justificada. Como resulta evidente, por razones de sanidad también puede verse restringido el derecho de tránsito, esencialmente porque, en tal supuesto, de lo que se trata es de garantizar que el ejercicio de dicho atributo no ponga en peligro derechos de terceros o, incluso, derechos distintos de la misma persona que intenta el desplazamiento. Tal contingencia, de suyo, podría ocurrir en el caso de una epidemia o grave enfermedad que pudiese detectarse en determinada zona o sector del territorio del país. En tales circunstancias, queda claro que la restricción al derecho de tránsito se vuelve casi un imperativo que el ordenamiento, como es evidente, está obligado a reconocer y, por supuesto, a convalidar.

11. Un cuarto supuesto explícito, aunque este último de naturaleza extraordinaria, se relaciona con las situaciones excepcionales que la misma norma constitucional contempla bajo la forma de estados de emergencia o de sitio y que suelen encontrarse asociados a causas de extrema necesidad o grave alteración en la vida del Estado, circunstancias en las que resulta posible limitar en cierta medida el ejercicio de determinados atributos personales, uno de los cuales es el derecho de tránsito o de locomoción. En dicho contexto, cabe naturalmente precisar que lo que resulta limitable o restringible no es el ejercicio de la totalidad del derecho o los derechos de todos los ciudadanos, sino aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los objetivos de restablecimiento a los que propende el régimen excepcional, para lo cual ha de estarse a lo determinado por referentes tan importantes como la razonabilidad y la proporcionalidad.

12. Las restricciones implícitas, a diferencia de las explícitas, resultan mucho más complejas en cuanto a su delimitación, aunque no por ello inexistentes o carentes de base constitucional. Se trata, en tales supuestos, de vincular el derecho reconocido (en este caso, la libertad de tránsito) con otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes, a fin de poder determinar, dentro de una técnica de ponderación, cuál de todos ellos es el que, bajo determinadas circunstancias, debe prevalecer. Un caso específico de tales restricciones opera precisamente en los supuestos de preservación de la seguridad ciudadana, en los cuales se admite que, bajo determinados parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, sea posible limitar el derecho aquí comentado.

El bien jurídico seguridad ciudadana y sus alcances

13. Aunque no existe una aproximación conceptual precisa en cuanto a lo que, para la Constitución representa la seguridad ciudadana, sino, básicamente, un conjunto de características o elementos que permiten integrar lo que sería su contenido, esta puede ser catalogada como un estado de protección que brinda el Estado y en cuya

consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza, o reparados en caso de vulneración o desconocimiento. Derechos como la vida, la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal, suelen ser los principales referentes que integran el contenido de la seguridad ciudadana en atención a lo que del Estado y la colectividad se espera, siendo evidente que, por sus alcances, se trata fundamentalmente de un bien jurídico de relevancia antes que de un atributo o libertad a título subjetivo.

14. De alguna forma la idea de los bienes jurídicos relevantes se encuentra, pues, asociada al interés general, mientras que el concepto de los derechos se asemeja al interés subjetivo particular de quien reclama por su defensa. Lo dicho cobra especial importancia si se parte del supuesto de que la ciudadanía ve cotidianamente arriesgada su seguridad como resultado del entorno conflictivo y antisocial, cuando no de la criminalidad mayoritariamente presente en las ciudades con abundante población y tráfico económico y, frente a la cual, se hace necesaria una específica política de seguridad en favor de la colectividad. En el Estado social de derecho, por otra parte, es incuestionable la existencia de roles vitales para la consecución de grandes objetivos. Vista la seguridad ciudadana como uno de esos roles en los que todo Estado se compromete, no cabe discusión alguna respecto del papel relevante que le toca cumplir y la especial posición que el ordenamiento constitucional le suele otorgar.

15. Cabe precisar que, cuando se trata de bienes jurídicos como los aquí descritos, no resulta extraño, sino perfectamente legítimo el que, bajo determinadas circunstancias; y como se anticipó anteriormente, los derechos puedan verse restringidos en determinados ámbitos de su contenido, a fin de compatibilizar los objetivos sociales propios de todo bien constitucional con los intereses individuales correspondientes a todo atributo o libertad. Naturalmente, no es que los derechos se encuentren posicionados por debajo de los bienes jurídicos y ni siquiera a un mismo nivel o jerarquía, pero es evidente que, ante la existencia de ambas categorías al interior del ordenamiento, se hace imperioso integrar roles en función de los grandes valores y principios proclamados desde la Constitución. En ese gran reto ponderativo, el juez constitucional ocupa un papel gravitante.

Las vías de tránsito público y el establecimiento de rejas como medida de seguridad vecinal

16. Excepcionados los ámbitos de lo que constituye el dominio privado, todo aquel espacio que desde el Estado haya sido estructurado como referente para el libre desplazamiento de personas, puede ser considerado una vía de tránsito público. Dentro de tales espacios (avenidas, calles, veredas, puentes, plazas, etc.) no existe, en principio, restricción o limitación a la locomoción de los individuos, esto es, no existe la necesidad de pedir autorización alguna ni ante el Estado ni ante particular alguno, presumiéndose que su pertenencia le corresponde a todos y no a determinada persona o grupo de personas en particular.

17. Las vías de tránsito público, por otra parte, sirven no solo para permitir el desplazamiento de las personas, sino para facilitar otros ámbitos de su

autodeterminación o el ejercicio de una diversidad de derechos constitucionales (trabajo, salud, alimentación, descanso, etc.). Como tales se constituyen en un elemento instrumental sumamente importante del cual depende la satisfacción plena o la realización de una multiplicidad de objetivos personales.

18. Siendo las vías de tránsito público libres en su alcance y utilidad, pueden, sin embargo, y en determinadas circunstancias, ser objeto de regulaciones y aun de restricciones. Cuando estas provienen directamente del Estado, se presumen acordes con las facultades que el propio ordenamiento jurídico reconoce en determinados ámbitos (como ocurre, por ejemplo, con las funciones de control de tránsito efectuadas por los gobiernos municipales); cuando provienen de particulares, existe la necesidad de determinar si existe alguna justificación sustentada en la presencia, o no, de determinados bienes jurídicos.

19. Justamente en la existencia o reconocimiento del bien jurídico seguridad ciudadana, se encuentra lo que, tal vez, constituya la más frecuente de las formas a través de la cual se ven restringidas las vías de tránsito público. Tras la consabida necesidad de garantizar que la colectividad no se vea perjudicada en sus derechos más elementales frente al entorno de inseguridad recurrente en los últimos tiempos, se ha vuelto una práctica reiterada el que los vecinos o las organizaciones que los representan, opten por colocar rejas o instalar mecanismos de seguridad en las vías de tránsito público. Aunque queda claro que no se trata de todas las vías (no podría implementarse en avenidas de tránsito fluido, por ejemplo) y que solo se limita a determinados perímetros (no puede tratarse de zonas en las que el comercio es frecuente), es un hecho incuestionable que la colocación de los citados mecanismos obliga a evaluar si el establecimiento de todos ellos responden a las mismas justificaciones y si pueden asumir toda clase de características.

20. Este Colegiado ha tenido la oportunidad de precisar en ocasiones anteriores que el establecimiento de rejas como medidas de seguridad vecinal no es *per se* inconstitucional, si se parte de la necesidad de compatibilizar o encontrar un marco de coexistencia entre la libertad de tránsito como derecho y la seguridad ciudadana como bien jurídico. Lo inconstitucional sería, en todo caso, que el mecanismo implementado o la forma de utilizarlo resulte irrazonable, desproporcionado o, simplemente, lesivo de cualquiera de los derechos constitucionales que reconoce el ordenamiento. Como lo ha sostenido la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N.º 81 sobre “*Libertad de Tránsito y Seguridad Ciudadana. Los enrejados en las vías públicas de Lima Metropolitana*”, emitido en el mes de enero del 2004, p. 42, “No se puede admitir un cierre absoluto de una vía pública, ya que ello afectaría el contenido esencial del derecho al libre tránsito. Consecuentemente, se debe garantizar que los enrejados no sean un obstáculo para el ejercicio del derecho al libre tránsito, sino sólo una limitación razonable y proporcional. Ello quiere decir que dicha medida tiene que estar justificada por los hechos que le han dado origen, el crecimiento de la delincuencia; por la necesidad de salvaguardar un interés público superior, la protección del bien jurídico seguridad ciudadana; y debe ser proporcionada a los fines que se procuran alcanzar con ella”;

EXP. N° 4677-2004-PA/TC
CONFEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DEL PERÚ

CASO

La recurrente, con fecha 14 de febrero de 2003, interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, solicitando que se declare inaplicable el Decreto de Alcaldía N.º 060-2003, que declara zona rígida para cualquier tipo de concentración pública el sector de máxima protección dentro del centro histórico de Lima, delimitado por el río Rímac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir éstas, pues considera que vulnera sus derechos fundamentales de reunión y de participación política.

La emplazada contesta la demanda manifestando que la cuestionada norma ha sido expedida en cumplimiento del artículo 3º de la Ley N.º 23853 –Ley Orgánica de Municipalidades– (a la fecha derogada), que obliga a la municipalidad a fomentar el bienestar de los vecinos; el inciso 4) del artículo 11º de la misma ley que establece la competencia del gobierno local para pronunciarse sobre asuntos relacionados con turismo y conservación de monumentos arqueológicos e históricos; el inciso 13) de su artículo 65º, que le exige procurar, conservar y administrar, en su caso, los bienes de dominio público, como caminos, puentes, plazas, avenidas, paseos, jardines, edificios públicos y otros análogos; y los incisos 11) y 12) de su artículo 67º que le otorgan competencia, respectivamente, para promover y asegurar la conservación y custodia del patrimonio cultural local y la defensa y conservación de los monumentos arqueológicos, históricos y artísticos; y para fomentar el turismo, restaurar el patrimonio histórico local y cuidar de su conservación.

Sostiene que el centro histórico ha sido declarado Patrimonio Cultural de la Humanidad por la UNESCO y que, por ende, debe ser protegido de conformidad con lo establecido por el artículo 21º de la Constitución. Alega que la norma cuestionada tiene carácter preventivo y declarativo, pues la Municipalidad no puede desconocer las competencias que corresponden a la Prefectura, encargada de autorizar las reuniones en lugares públicos.

Aduce que el derecho de reunión no es un derecho absoluto e ilimitado, y que las manifestaciones violentas en las que incurre la demandante, vulneran el derecho de propiedad, el libre tránsito, la integridad personal, el derecho al trabajo y la seguridad personal. Manifiesta que existen otras zonas de Lima en las que la recurrente puede ejercer su derecho de reunión.

El Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, con fecha 28 de abril de 2003, declaró infundada la demanda, por considerar que la norma cuestionada se sustenta en el literal f) del artículo 132º de la Ordenanza 062, del 18 de agosto de 1994, que prohíbe las concentraciones masivas de personas que cierren las vías públicas en el centro histórico de la ciudad de Lima, y en el literal b) del artículo 1º de la misma Ordenanza, que establece que el centro histórico merece un tratamiento especial con

el fin de reducir drásticamente la presión del tránsito automotor, el comercio en la vía pública y los usos incompatibles y la concentración de actividades que ocasionalmente causen su deterioro.

La Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 26 de abril de 2004, confirma la apelada, por los mismos fundamentos, agregando que la UNESCO ha declarado al centro histórico de Lima como Patrimonio Cultural de la Humanidad, haciendo necesario el dictado de normas que permitan su conservación, de conformidad con el artículo 21º de la Constitución.

PRECEDENTE

§8. Contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental del reunión

15. El contenido constitucionalmente protegido del derecho viene configurado por la conjunción de una serie de elementos:

e) Eficacia inmediata: El hecho de que, a diferencia de las reuniones en locales privados o abiertos al público, el artículo 2º 12 de la Constitución exija un anuncio previo a la autoridad para realizar reuniones en plazas y vías públicas, puede llevar a la errónea impresión de que para el ejercicio de este último tipo de reuniones es imprescindible la autorización previa de algún representante gubernativo, siendo, en consecuencia, un derecho mediatizado en su manifestación a la anticipada aquiescencia expresa de la autoridad pública.

Pues nada escapa de manera más evidente a la constitucional configuración del derecho sub examine. En efecto, el derecho de reunión es de eficacia inmediata y directa, de manera tal que no requiere de ningún tipo de autorización previa para su ejercicio.

Lo que ocurre es que, en el caso específico de las reuniones convocadas en plazas o vías públicas, el constituyente ha establecido un instrumento expreso de armonización entre su ejercicio y las eventuales restricciones a otros derechos que éste represente, de manera tal que ordena que la autoridad tome noticia del evento con antelación suficiente a efectos de que tome las providencias necesarias para que el derecho al libre tránsito (artículo 2º 11 de la Constitución) no se vea limitado más allá de lo estrictamente necesario, habilitando vías alternas de circulación, además de adoptar las medidas necesarias para proteger a los manifestantes y asumir una conducta vigilante y, de ser el caso, proporcionalmente represiva, frente a las eventuales afectaciones a la integridad personal de terceros o de los bienes públicos o privados.

Así las cosas, no cabe confundir la exigencia de aviso previo, con un supuesto sometimiento del derecho de reunión a la necesidad de una autorización previa de la

autoridad administrativa, la cual, de ser exigida, resultará manifiestamente inconstitucional⁹.

§9. Límites y restricciones al derecho fundamental de reunión

16. El derecho de reunión, sin embargo, como todo derecho fundamental, no es un derecho absoluto o ilimitado. Así lo tiene expuesto el propio artículo 2º 12 de la Constitución, cuando permite a la autoridad prohibir su materialización “por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas”. Desde luego, cuáles sean esos concretos “motivos probados” o los alcances específicos de lo que deba entenderse por “seguridad pública” o “sanidad pública”, deberá ser evaluado a la luz de cada caso concreto. Empero, ello no es óbice para que este Tribunal pueda desarrollar algunas pautas sobre los límites del derecho de reunión.

9.1 Los límites del derecho de reunión a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos

17. En primer término, dado que toda disposición constitucional que reconozca un derecho fundamental debe ser interpretada a luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución), debe tenerse en cuenta, de modo particular, el artículo 15º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰, que establece:

“Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.”

Cabe, por tanto, concluir que la “seguridad pública” prevista en el artículo 2º 12 de la Constitución como límite del derecho de reunión, no sólo queda referida a la seguridad ciudadana, sino también, en los términos de la Convención, a la seguridad nacional. Asimismo, en el ámbito de la sanidad pública a la que hace alusión la Constitución, debe incorporarse la protección de la salud pública, en los concretos alcances que vengan justificados por las circunstancias específicas de cada caso. Y, finalmente, a partir de una interpretación sistemática de los preceptos internos e

9 Sobre el particular, debe recordarse cómo —tal como lo exhortara la Defensoría del Pueblo es su Resolución Defensorial N.º 039-DP-2000, que aprobó el informe defensorial sobre el derecho de reunión y manifestación en forma pacífica, con antelación a la realización de la denominada “Marcha de los cuatro suyos”, realizada el 28 de julio de 2000—, mediante Resolución Ministerial N.º 0180-2001-IN-0102, de fecha 10 de febrero de 2002, se modificó el ítem 5 del Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio del Interior en lo relativo a la Dirección General de Gobierno Interior (Sede Central, Prefecturas, Subprefecturas y Gobernaciones), aprobado por Decreto Supremo N.º 001-2000-IN, que, inconstitucionalmente, sometía a una previa autorización el ejercicio del derecho de reunión.

10 Sin que por ello deban desatenderse los artículos de los otros tratados internacionales sobre derechos humanos que se ocupan del derecho *in comento*; a saber: el artículo 20º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 27º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 21º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

internacionales sobre la materia, queda claro que los límites susceptibles de oponerse al derecho de reunión alcanzan a las razones de orden público y al respeto de los derechos y libertades fundamentales de terceros; como, por lo demás, viene impuesto a partir de una interpretación unitaria de la propia Carta Fundamental (principio de unidad de la Constitución).

9.2. La exigencia de prohibir o restringir el derecho de reunión por “motivos probados”.

18. En todo caso, tal como lo establece el artículo 2º 12 de la Constitución, los motivos que se aleguen para prohibir o restringir el derecho de reunión, deben ser “probados”. No deben tratarse, en consecuencia, de simples sospechas, peligros inciertos, ni menos aún de argumentos insuficientes, antojadizos o arbitrarios; sino de razones objetivas, suficientes y debidamente fundadas. Y es que, como ha señalado correctamente nuestro homólogo español,

“si existieran dudas sobre si tal ejercicio en un caso determinado puede producir los efectos negativos contra el orden público con peligro para personas y bienes u otros derechos y valores dignos de protección constitucional, aquellas tendrían que resolverse con la aplicación del principio o criterio de favorecimiento del derecho de reunión (favor libertatis), sin que baste para justificar su modulación o prohibición la mera sospecha o la simple posibilidad de que se produzcan dichos resultados”.¹¹

En tal sentido, debe tenerse presente que la prohibición debe ser la última ratio a la que puede apelar la autoridad administrativa para limitar el derecho, debiendo optar, de ser posible, por medidas simplemente restrictivas, tales como proponer la modificación del lugar, fecha, hora, duración o itinerario previsto.

Se trata, en suma, de que la prohibición o establecimiento de restricciones al ejercicio del derecho de reunión se encuentren debidamente motivadas por la autoridad competente, caso por caso, de manera tal que el derecho sólo se vea restringido por causas válidas, objetivas y razonables (principio de razonabilidad), y, en modo alguno, más allá de lo que resulte estrictamente necesario (principio de proporcionalidad).

EXP. N° 3362-2004-AA/TC PRUDENCIANO ESTRADA SALVADOR

CASO

Con fecha 22 de enero de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra el director del Diario Regional de Huánuco, alegando la violación de su derecho a la rectificación consagrado en el inciso 7) del artículo 2.º de la Constitución. Solicita, consecuentemente, que se ordene al demandado publicar la rectificación del día 8 de octubre de 2003, en la forma y términos por él establecidos, incluida la crónica

11 Sentencia del Tribunal Constitucional español. N.º 195/2003, Fundamento 7.

rectificadora que solicitara mediante carta notarial de fecha 21 de octubre de 2003. Sustenta su demanda en que con la publicación del titular ‘iEx Decano del Colegio de Abogados con orden de captura!’ en la primera página del Diario Regional, y, con el desarrollo de la noticia en la segunda página, con el mismo título y acompañada de una fotografía suya, se han vulnerado sus derechos constitucionales como abogado y dirigente gremial.

Según señala, las afirmaciones realizadas por el diario respecto de su persona y de los hechos que lo involucran son inexactas y agraviantes. En ese sentido, sostiene que en la querrela seguida en su contra ante el Cuarto Juzgado Penal de Huánuco por el presunto delito de difamación, nunca se dictaminó orden de captura alguna hacia su persona, sino que a través del Oficio N.º 6612-03-4to.JPHCO, del 2 de octubre de 2003, se requiere a la Policía Nacional para que conduzca mediante la fuerza pública al querellado y lo ponga a disposición del juzgado para que rinda su declaración instructiva. Tal oficio fue cursado antes de que la Resolución del 1 de octubre de 2003, que dictamina que se conduzca de grado o fuerza al demandado, estuviera consentida.

Asimismo, expone que es inexacto que el demandante se haya negado a firmar la notificación de fecha 1 de octubre de 2003, emitida por el titular del Cuarto Juzgado Penal, dado que quien se negó a firmar fue otra persona.

Alega que el proceso de querrela seguido en su contra es un proceso penal de investigación reservada al que sólo tienen acceso las partes.

También señala que no le autorizó al demandado la publicación del trámite del proceso, así como que no entregó ninguna resolución judicial. Considera que, dado que el propietario del Diario Regional es compadre del querellante, la publicación del 8 de octubre de 2003 fue realizada con la finalidad de hacerle un favor ilegal. De esta manera, califica a la publicación de sensacionalista y de haber sido posiblemente concertada con el querellante para agraviarlo.

Finalmente, sostiene que ejerció su derecho de rectificación cursando una carta notarial de fecha 21 de octubre de 2003 al director del Diario Regional, de acuerdo con el artículo 2.º de la Ley N.º 26847 (sic)¹. En dicha carta se establecen los términos y el formato en los que el diario debía rectificarse en el plazo determinado por ley. Sin embargo, señala que el demandado no procedió a publicar una rectificación antes ni después de los siete días previstos en el artículo 3.º de la mencionada ley y que, por el contrario, publica el 27 de octubre de 2003, en la página 7 de la sección Política/Gestión, un comentario a la citada carta notarial y, por segunda vez, emite opiniones y presenta hechos inexactos en perjuicio de su honor. Por lo tanto, no procedió a la rectificación en la forma y términos por él requeridos en la carta

1 Se refiere al artículo 2 de la Ley N.º 26775, que establece el derecho de rectificación de personas afectadas por afirmaciones inexactas en medios de comunicación social, y que fuera modificada íntegramente por la Ley N.º 26847, por lo que en lo que resta de la sentencia las citas de los artículos de la Ley N.º 26775 corresponden al texto introducido por la referida ley modificatoria.

notarial; es decir, el contenido de la carta notarial no fue observado ni rechazado, por lo que ésta se encuentra aún en espera de su publicación.

El gerente de prensa del Diario Regional E.I.R.L., don Augusto Noreña Llanos, sostiene que el derecho para interponer la demanda de amparo ha caducado, puesto que de la fecha en que ocurrió el supuesto agravio a la fecha de presentación de la demanda transcurrido con exceso el plazo legalmente previsto.

Asimismo, refiere que la publicación de la nota informativa periodística materia de reclamo obedece a hechos verídicos y que, por tanto, no ha publicado hechos inexactos o agraviantes respecto del demandante. Ello debido a que la publicación realizada tuvo como base los documentos en los que se solicita que se conduzca mediante fuerza pública al querellado a rendir su declaración instructiva. Amparándose en el inciso 4) del artículo 2.º de la Constitución, así como en los tratados internacionales, sostiene que no estaría obligado a realizar rectificación alguna, debido a que la publicación de su versión de los hechos es correcta.

Alega que el titular del 8 de octubre de dicho año responde al resultado de la interpretación del hecho noticioso, y que se trata, en consecuencia, de un juicio del valor informativo. Por ello, señala que la disposición judicial que dictamina que un procesado sea conducido por la fuerza pública implica una orden de captura y detención. En ese sentido, considera que no tiene la obligación de rectificarse, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.º de la Ley N.º 26775, y que el demandante ha incurrido en un abuso de derecho al pretender imponer la forma y términos de la rectificación.

Finalmente, señala que los medios de comunicación están facultados para realizar ese tipo de publicaciones sin previa autorización, censura ni impedimento alguno y, en consecuencia, solicita que se declare infundada la pretensión del demandante.

Con fecha 12 de abril de 2004, el Segundo Juzgado Mixto de Huánuco declara fundada, en parte, la demanda, estimando que el demandado debe cumplir íntegramente con efectuar la rectificación solicitada por el recurrente en forma gratuita, inmediata y proporcional. Por otro lado, declara improcedente la demanda en el extremo relativo a los términos y formato requeridos por el demandante para la rectificación.

Sobre la excepción de caducidad señala que, a efectos de revisar el cómputo del plazo establecido en el artículo 37.º de la Ley N.º 23506, debe tenerse en cuenta la huelga del Poder Judicial producida desde el 5 de noviembre hasta el 1 de diciembre del 2003, por lo que se cumplen los requisitos de plazo, en aplicación del principio *pro libertatis* a favor del demandante.

Respecto del fondo del asunto, sostiene que el Diario Regional, pese a estar en conocimiento del proceso de querrela interpuesto contra el demandante por la presunta comisión del delito de difamación, no precisa esto en el titular; además, que estaba en capacidad de prever el impacto que ocasionaría dicha publicación en la población y opinión pública huanuqueñas. Señala que, efectivamente, no se ha emitido una orden de captura en el proceso de querrela y que ésta sólo está destinada

ordinariamente a delitos cuya gravedad o circunstancias la justifican. Estima que el demandado no cumplió con efectuar la rectificación pertinente dentro de los siete días siguientes después de recibida la solicitud, limitándose a publicar un artículo el 27 de octubre de 2003, el cual no cumplía con el requisito de proporcionalidad requerido por el inciso 7) del artículo 2° de la Constitución. Sin embargo, expresa que la rectificación no tiene que efectuarse de acuerdo con los términos y formato establecidos por el demandante, por cuanto dicha obligación no está legalmente prevista.

Con fecha 13 de julio de 2004, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco declara que el demandado ha demostrado que la información pública escrita, si bien utiliza el término 'orden de captura', se trata del empleo de un lenguaje común, por lo que el empleo de dicho término por parte del Diario Regional es, en todo caso, un error de interpretación y no la publicación de un hecho alejado de la verdad, razón por la cual no existe vulneración de los derechos constitucionales alegados por el demandante.

En consecuencia, revoca la sentencia apelada que declara fundada, en parte, la demanda de amparo y la declara infundada.

PRECEDENTE

Reglas sobre los tipos de medios en los que se puede solicitar la rectificación

10. Ahora es menester explicar en qué **tipos de medios** existe protección para la rectificación. El mencionado artículo 2.º, inciso 4), de la Constitución señala que el ejercicio de la rectificación ha de ser realizado a través de los medios de comunicación social, pero para la Convención Americana, a través del artículo 14.1, ha de ser a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general. Es decir, cabría rectificación no sólo respecto a las informaciones vertidas en aquellos medios de comunicación masiva comúnmente denominados de comunicación social, sino también en aquéllos que permiten la transmisión de noticias, datos o informes a un alto número indeterminado de personas, con el rasgo de masivo.

Y ello es así debido justamente a que

En el idílico pasado del constitucionalismo clásico, las ideas circulaban libremente dentro de una elite relativamente reducida (...). Actualmente, sólo los especialistas en los medios de comunicación de masas son capaces de difundir cuestiones, de una complejidad sin precedentes, en una masa de público absolutamente nueva por su magnitud⁴.

Por eso, una equivocada difusión de informaciones en los medios de comunicación de masas tiene una gran posibilidad de hacer daño a las personas (como podría suceder

4 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, 1979. pp. 415, 416.

con un correo electrónico masivo, en un portal electrónico o en una página web), cuyos efectos o su divulgación podrían ser tan o más perjudiciales que los existentes en los ordinariamente llamados medios de comunicación social. Por ello, a entender de este Tribunal, cabe rectificar los mensajes vertidos por cualquier medio de comunicación masiva.

Reglas sobre los requerimientos para el ejercicio del derecho fundamental a la rectificación

14. Sobre la base de los *obiter dictum* antes desarrollados, es importante para este Colegiado interpretar la Constitución a fin de configurar el derecho fundamental a la rectificación.

Son dos los supuestos considerados por el constituyente en que puede plantearse un pedido de rectificación:

a. Información inexacta

Según el artículo 2.º, inciso 7), de la Norma Fundamental, cabe la rectificación por ‘afirmaciones inexactas’; sin embargo, la Convención Americana, en su artículo 14.º, hace referencia a ‘informaciones inexactas’.

Por eso, consideramos que en este primer supuesto, independientemente del término utilizado, la remisión directa de la rectificación se da respecto al derecho a la información. Es por ello que la información periodística requiere un estricto control de veracidad, pues buena parte de su legitimidad proviene de las certezas y certidumbres contenidas en ella. En el ámbito del ejercicio de este derecho fundamental, la veracidad está más ligada con la diligencia debida de quien informa, y no con la exactitud íntegra de lo informado. De hecho, cada uno puede tener su verdad, exponerla o aceptar la de los otros.

Cabe señalar, además, que el derecho a la rectificación fluye cuando se produce una información falsa o inexacta. Es decir, sólo se podrá dar cuando la información publicada o difundida no corresponde en absoluto con la verdad (falsedad) o cuando se ajusta sólo en parte a ella (inexactitud).

Así, la nota será falsa o inexacta si es que no se expresó la verdad o lo hizo a medias, con lo que incurre en una transgresión voluntaria o involuntaria a la responsabilidad profesional de informar con sentido de la verdad y con tendencia a la objetividad. La verdad o no de la información se debe medir en su propio y estricto contexto, constatando las falencias en menor o mayor grado de la información.

Sin embargo, es posible que pese a toda la diligencia debida que pueda poner un comunicador social, no transmita una verdad en el sentido puro de la palabra. Por ello, es que el derecho a la rectificación, en tanto medie una afectación al derecho al honor de las personas, surge como una forma idónea de contrastar la ‘verdad periodística’ y la ‘verdad real’. Para eso se tiene la posibilidad de que, tras presentar un error noticioso, éste sea corregido prontamente y en las mismas condiciones de las expresadas en la publicación o emisión original. Es decir, cuando la información alude a un sujeto pasivo del ejercicio de este derecho fundamental y éste asevera que

lo dicho es falso o inexacto, se genera una reacción, que es rectificar esa información, independientemente de la exigencia o no de veracidad en la información. En ese sentido, dicho derecho

(...) más para evitar una agresión, sirve para ofrecer la versión de la persona ofendida (...) o para suplir las deficiencias informativas de una noticia que se ha demostrado falsa (...). El derecho a la rectificación no tiene por finalidad principal garantizar la veracidad de una información de hecho o, en sentido negativo, no es su finalidad excluir las informaciones falsas, inexactas o incompletas (...) ⁷.

Rectificar es contradecir, rebatir o impugnar con argumentos o razones lo que otro ha informado. Por eso se ha dicho de manera contundente que cabe el ejercicio de la rectificación si es que se informa erróneamente y se afecta a la persona;

(...) en tal caso, ésta debe tener derecho a rectificar tal error, aun cuando no hubiera dolo o culpa del periodista ⁸.

Vale señalar que la exigencia de la rectificación, e incluso su realización, será independiente de las otras responsabilidades que puedan tener los intervinientes en la propagación de la información. Por último, queda claro que para que exista rectificación es irrelevante si existe o no diligencia; basta con comprobar que la noticia propagada es falsa. Así, el ejercicio del citado derecho se exhibe como una excepción a la regla de la diligencia debida exigida para la información en el ámbito constitucional.

b. Honor agraviado

El otro supuesto en que se puede ejercer el derecho a la rectificación se presenta cuando la persona se ha sentido afectada a través de un agravio, y esto significa una violación de su derecho al honor (así lo señala también el artículo 14.3 de la Convención Americana), a través de un medio de comunicación de masas con independencia del derecho comunicativo ejercido. Ésta es la interpretación adecuada que puede fluir de una correcta lectura del artículo 2.º, inciso 7), de la Constitución.

Si bien la Norma Fundamental prefiere adscribirse a una postura fáctica del honor (reconocimiento de honor interno y de honor externo, entendido este último como buena reputación), lo que en el fondo está admitiendo es la existencia de un derecho único al honor, tal como lo ha hecho también el artículo 37.º, inciso 8), del Código Procesal Constitucional.

En este marco, se puede considerar que el honor, sobre la base de la dignidad humana, es la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite la participación en los sistemas sociales y corresponde ser establecido por la persona en su libre determinación. Esto viene a significar que para que haya

7 AZURMENDI, Ana. *Derecho de la información. Guía jurídica para profesionales de la información*. Pamplona, Eunsa, 1997. pp. 119, 123.

8 EKMEKDJIÁN, Miguel Ángel. *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Depalma, 2000. 2.ª ed. Tom. I, p. 585.

rectificación debe haberse producido previamente un ataque injustificado al derecho fundamental al honor.

A entender de este Colegiado, a través del fundamento 3 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 0446-2002-AA/TC, el honor forma parte de la imagen del ser humano, ínsita en la dignidad de la que se encuentra investida, garantizando el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos. Asimismo, se ha señalado en el fundamento 2 de la misma sentencia que este derecho

(...) forma parte del elenco de derechos fundamentales protegidos por el inciso 7) del artículo 2.º de la Constitución Política, y está estrechamente vinculado con la dignidad de la persona; su objeto es proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o antes los demás, incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión o información, puesto que la información que se comunique, en ningún caso puede resultar injuriosa o despectiva.

En el caso de la rectificación, para que ella pueda ser ejercida debe existir un elemento afectante del honor de una persona, y ésta es una condición básica para su disfrute.

La prueba de este hecho, que no requiere una declaración judicial previa, debe basarse en los elementos objetivos presentados por quien la reclame y que deben ser explicados en el requerimiento que exhiba ante el medio de comunicación. Esto ha de significar que para hacer el pedido de una rectificación no es necesario, ni menos aún exigible, que se haya comprobado previamente el daño al honor de las personas. Basta tan sólo con una apariencia de la vulneración.

Reglas sobre los elementos configuradores que posee

20. Además de lo señalado respecto a la rectificación constitucionalmente aceptada y la declaración respecto al caso concreto, es pertinente insistir en algunos aspectos no menos importantes respecto a su configuración.

Según el fundamento 3 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 1308-99-AA/TC, a entender de este Colegiado,

(...) en relación a los requisitos de procedibilidad, este Tribunal Constitucional, de manera previa ha de señalar que de conformidad con el artículo 2º de la Ley N.º 26847, el ejercicio del derecho de rectificación deberá canalizarse previamente mediante solicitud cursada por conducto notarial, la que deberá realizarse dentro de los quince días naturales posteriores a la publicación o difusión que se proponga rectificar (...).

Por ello, veremos a continuación algunas cuestiones referidas al procedimiento de rectificación que merecen ser explicadas:

a. Con relación a su naturaleza:

El artículo 2.º, inciso 7), *in fine* de la Norma Fundamental señala los elementos que están insertos en una rectificación: ésta debe ser gratuita, inmediata y proporcional.

- *Gratuidad*: La Constitución señala que todo acto de rectificación debe ser completamente gratuito para quien se ve afectado. Ahora bien, este hecho no impide que la persona realice algunos pagos en el trámite del pedido (como puede ser la carta notarial que debe enviar), pero lo que sí no debe abonarse al medio de comunicación es monto alguno por concepto de la publicación o emisión en sí.

- *Momento*: La Constitución exige que la rectificación debe darse de manera inmediata, es decir, en el menor tiempo posible desde que se produjo la afectación. En el artículo 3.º de la Ley N.º 26775 se establece que los responsables deben efectuar la rectificación dentro de los siete días siguientes después de recibida la solicitud para medios de edición o difusión diaria o en la próxima edición que se hiciera, en los demás casos. Sabiendo que los medios de comunicación tienen distinta naturaleza (no pueden ser iguales la radio con un periódico, y menos aún, un correo electrónico masivo), la rectificación debe realizarse según la manera en que cada medio difunda el mensaje. Por ello, este Colegiado se ha de preocupar en que la inmediatez de la rectificación deba ser cumplida, pues ella es una característica esencial y constituyente en el ejercicio de este derecho fundamental.

- *Forma*: Lo que siempre habrá de buscarse es que la rectificación sea proporcional con aquel mensaje que terminó violentando el derecho fundamental al honor de la persona. Tratándose de una edición escrita, la rectificación deberá publicarse íntegramente, sin intercalaciones, en la misma página y con características similares a la comunicación que lo haya provocado o, en su defecto, en un lugar destacado de la misma sección. Cuando se trata de radio o televisión, la rectificación tendrá que difundirse en el mismo horario y con características similares a la transmisión que la haya motivado. Por ello, se señala en el artículo 3.º *in fine* mencionado que, tras la solicitud de la persona afectada, la rectificación se efectuará el mismo día de la semana y, de ser el caso, a la misma hora en que se difundió el mensaje que la origina en los medios no escritos. Lo que en fondo se persigue con la rectificación es que se presente un mensaje discursivo con el mismo peso periodístico que el original, pero siempre en términos respetuosos y convenientes.

b. Con relación a los intervinientes: Como todo derecho fundamental, la rectificación posee un titular y un destinatario.

- *Reclamante*: La titularidad del derecho alcanza a cualquier persona, natural o jurídica, ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación. Es así como el derecho está reconocido a toda 'persona' afectada por afirmaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio, pudiendo ejercerlo, según lo precisa el artículo 2.º de la Ley N.º 26775, por la misma afectada o por su representante legal. También estará legitimada activamente para realizar la solicitud de rectificación, aquella persona que, pese a que el medio se haya rectificado espontáneamente, no juzgue satisfactoria la misma.

- *Obligado*: La rectificación se traduce en una obligación que recae, como ya ha sido explicado, en cualquier medio de comunicación, y que consiste en insertar o difundir gratuitamente las rectificaciones que les sean dirigidas. Cuando se trata de un medio de comunicación social, el artículo 2.º de la Ley N.º 26775 señala que será responsable el director del órgano de comunicación y, a falta de éste, quien haga sus veces. Cabe señalar que según el artículo 14.3 de la Convención Americana, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial. En caso de que el responsable no estuviese en un medio de comunicación social, entonces el responsable será el propio emisor de la información.

c. *Con relación al trámite*: Este tema ha sido desarrollado a través de la citada Ley N.º 26775, básicamente a través de los artículos 2.º y 3.º; pero hay aspectos que merecen ser resaltados.

- *Solicitud*: Se debe hacer un requerimiento al director del medio de comunicación o a las personas que se presentan como responsables, en el cual se solicite la rectificación. Según el artículo 2.º de la referida ley, la solicitud será cursada por conducto notarial u otro fehaciente. Es así como tal carta se configura en una vía previa para la presentación de la demanda de amparo.

- *Tramitación*: El pedido realizado puede ser realizado hasta quince días naturales posteriores a la publicación o difusión que se propone rectificar, tal como lo señala el antes mencionado artículo 2.º de la Ley N.º 26775. Este plazo está de la mano con la exigencia de inmediatez explicada.

Reglas sobre la forma en que debe ser presentada

24. De lo observado, es necesario determinar la validez de una de las dos posibilidades propuestas para que la rectificación pueda ser realizada: una es que sea el propio medio el que lo rectifique según sus parámetros; otra es que el propio afectado proponga la forma en que se produzca la rectificación.

Según el artículo 14.1 de la Convención Americana, la persona ‘tiene derecho a efectuar’ la rectificación, es decir, todo hace suponer que él mismo debe ser el que proponga la forma en que el medio se rectifique. Sin embargo, la Constitución, en su artículo 2.º, inciso 7), expresa claramente que el derecho de la persona se refiere a que el propio medio se rectifique.

Haciendo una interpretación coherente entre ambas normas, consideramos pertinente aseverar que será el propio medio el que debe presentar la rectificación, según los lineamientos periodísticos del mismo, con la salvedad de que el agraviado señale expresamente lo contrario en su solicitud. En el caso de que la persona haga un pedido intencionado de que se coloque la rectificación según su voluntad, el medio deberá hacer la rectificación según la petición realizada. Sin embargo, en este último supuesto, el afectado no podrá hacer un ejercicio abusivo de su derecho. Así lo ha determinado el artículo 5.º de la Ley N.º 26775, cuando señala que el medio de comunicación social puede rechazar la difusión o inserción de la rectificación, en el caso de que una información sea inexacta:

- a) Cuando no tenga relación inmediata con los hechos o las imágenes que le aluden o que exceda lo que estima necesario para corregir los hechos declarados inexactos o perjudiciales para el honor.
- b) Cuando sea injuriosa o contraria a las leyes o a las buenas costumbres.
- c) Cuando se refiera a tercera persona sin causa justificada.
- d) Cuando esté redactada en idioma distinto al de la emisión del programa o de la edición incriminada.
- e) Cuando se vulnere lo dispuesto en el artículo sexto de la citada ley; es decir, si la rectificación no se limita a los hechos mencionados en la información difundida o comprende juicios de valor u opiniones.

En caso de negativa por parte del medio o si la difusión o inserción de la rectificación no satisface al afectado, cabría presentar una demanda de amparo por violación del derecho fundamental a la rectificación, y, en tal caso, será el propio juez constitucional el que determine cuáles son los parámetros que debe utilizar el medio para la rectificación. En caso de ser injustificada la negativa del medio, cabe utilizar los apremios con que cuenta el juez, tal como más adelante va a ser desarrollado.

27. Para este Colegiado, la rectificación debe estar circunscrita al objeto del mensaje inexacto que la motiva, separada de cualquier discurso agregado. Lo que podrá hacer el medio de comunicación de masas frente a un pedido realizado por el afectado está limitado a rectificar el mensaje equivocado; es decir, no podrá insertar en la misma nota rectificatoria, como titular o comentario, nuevas apreciaciones o noticias, pues al insistir, revertir o poner en duda la rectificación del reclamante, se desvirtuaría la naturaleza de la rectificación., anulando el contenido esencial de dicho derecho fundamental.

Ello no quiere que el medio de comunicación no pueda emitir opiniones o seguir informando sobre el tema, pero lo que no puede es, en el acto mismo de rectificación, desdejar el objeto del ejercicio de este derecho fundamental.

Por tal razón, debe exigirse a los medios de comunicación la mayor responsabilidad profesional y objetividad en su ejercicio informativo, y, por ende, también en la forma en que debe realizar la rectificación; léase en la forma publicada o analizada sin calificar ni evaluar el argumento o razones (las supuestas otras verdades) de quien busca la rectificación.

c. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA POSTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**EXP. N° 2273-2005-PHC/TC
KAREN MAÑUCA QUIROZ CABANILLAS**

CASO

Con fecha 9 de febrero de 2005, Karen Mañuca Quiroz Cabanillas interpone demanda de hábeas corpus contra el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), tras considerar que al denegarle el otorgamiento de un duplicado correspondiente a su Documento Nacional de Identidad (DNI) se vulneran sus derechos constitucionales a la vida, a la identidad, a la integridad psíquica y física, al libre desarrollo y bienestar y a la libertad personal.

Manifiesta que la emplazada no le otorga el duplicado de su DNI N° 19327439 desde hace más de 4 años, no obstante haber cancelado los pagos correspondientes para tal expedición, y que tampoco ha emitido resolución alguna en la que señale los motivos por los cuales no le ha entregado el duplicado en referencia; por el contrario, los funcionarios de la entidad demandada le indicaron, en forma verbal, que su identidad se encontraba cuestionada, siendo necesario que presente su Partida de Nacimiento, requerimiento que oportunamente cumplió. Sin embargo, y pese a ello, le han continuado denegando el duplicado correspondiente. Expresa, además, que en el año 1989 interpuso una demanda judicial sobre Rectificación de nombre y, como consecuencia de ello, el Poder Judicial dispuso la rectificación de su nombre, conforme está acreditado en el Acta de Nacimiento emitida por el Jefe del Registro Civil del Distrito de Guadalupe, Departamento de La Libertad. Con dicha acta es que se apersonó a la entidad demandada con la finalidad de que se consignen sus nombres rectificadas judicialmente, razón por la cual se le entregó el DNI N° 19327439, cuyo extravío ha originado el que tenga que tramitar el duplicado que, sin embargo, ahora se le niega.

Practicadas las diligencias de ley se recibe la declaración de don Eduardo Octavio Ruiz Botto, en su condición de Jefe del RENIEC, quien manifiesta que asumió el cargo en el mes de octubre de 2002 y, por ende, hace cuatro años no era jefe, ni tuvo conocimiento de alguna negativa de otorgar la identidad a la parte demandante. Por otra parte, expresa que la validación de los datos se realiza en la Gerencia de Operaciones, efectuándose un promedio de veinte mil trámites diarios relacionados con el DNI. En todo caso, precisa que por información obtenida con posterioridad a la interposición de la demanda ha tomado conocimiento que se canceló el DNI de la parte actora por haber realizado múltiples inscripciones; es decir, que tenía varios números de DNI con nombre masculino y femenino, desconociendo si fue debidamente notificada de la cancelación de su DNI con identidad femenina o si ha sido denunciada penalmente por la comisión de tales hechos.

El Procurador Público del RENIEC se apersona al proceso y expresa que la parte actora ostenta una trayectoria pretensora de doble identidad sexual, como Manuel Jesús Quiroz Cabanillas y como Karen Mañuca Quiroz Cabanillas; que con fecha 4 de mayo de 1976 obtuvo una Boleta de 7 dígitos o Libreta Electoral N° 1211481 bajo el nombre de Manuel Jesús Quiroz Cabanillas con sexo masculino; posteriormente, con fecha 19 de octubre de 1984, obtiene la Partida de Inscripción N° 19203903 en base a la inscripción anterior y nuevamente a nombre de Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, con sexo masculino. Luego, con fecha 8 de junio del 2001, se presentó ante la Agencia de Lima solicitando un trámite de rectificación de datos del DNI N° 19203903, el cual fue rechazado con la observación “Por Oficiar Partida de Nacimiento”, siendo pertinente puntualizar que, a la fecha, es el citado DNI el que se mantiene habilitado en el sistema computarizado ANI/RENIEC. Por otra parte, con fecha 26 de junio de 1989, la misma persona obtiene la Inscripción N° 19238729 a nombre de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, con sexo femenino, posteriormente, con fecha 1 de julio de 1992, obtiene la inscripción N° 19327439, teniendo como sustento el documento anterior, consignando los mismos nombres, género y demás datos. Finalmente, con fecha 25 de febrero de 1997, la parte actora obtiene el Documento N° 19327439, según el Formulario N° 00209464, a través del trámite de duplicado, identificándose nuevamente como Karen Mañuca Quiroz Cabanillas. A raíz de todos estos hechos la Unidad de Investigaciones de la GO/RENIEC realizó un Examen de Confrontación Monodactilar que concluyó que existía identidad dactilar entre todas las muestras, tratándose de una misma persona biológica que, sin embargo, había realizado dos inscripciones. Por tales razones se canceló la Inscripción N° 19327439 a nombre de Karen Mañuca, por tratarse de una nueva inscripción efectuada por el ciudadano Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, no habiéndose vulnerado derecho constitucional alguno.

El Trigésimo Primer Juzgado Penal de Lima, con fecha 14 de febrero de 2005, declara improcedente la demanda de hábeas corpus, por considerar que la parte actora no ha esclarecido su verdadera identidad, ni tampoco ha señalado los pormenores relacionados a su doble inscripción en el RENIEC. Por otra parte, las anomalías que pudieron cometerse en el proceso regular deben resolverse dentro de él mismo y no en uno de naturaleza constitucional, ya que no hay vulneración a la libertad individual.

La Sala Penal Superior de Emergencia para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 2 de marzo de 2005, confirma la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

El Principio Derecho Dignidad y sus alcances

5. Conforme a la Constitución Política del Perú, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento. Desde el

artículo 1° queda manifiesta tal orientación al reconocerse que “La defensa de la persona humana y el respecto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, y complementarse dicha línea de razonamiento con aquella otra establecida en el artículo 3°, que dispone que “La enumeración de los derechos establecidos (...) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre (...)”.

6. Existe, pues, en la dignidad, un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional. Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que dimanen todos y cada uno de los derechos del ser humano. Así, mientras el Preámbulo la Declaración Universal de los Derechos Humanos considera que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...)”, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce no sólo que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” sino que “(...) estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.

7. De este reconocimiento de la dignidad humana en el Derecho constitucional e internacional, se deriva la naturaleza de sus alcances jurídicos, en tanto, sustrato axiológico y soporte estructural de la protección debida al individuo, configurándose como “(...) un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover” [STC N° 0010-2002-AI, Caso Marcelino Tineo Silva]

De allí que, la dignidad sea caracterizada por la posición preferente que ocupa en el ordenamiento jurídico, y por la individualización respecto del rol de fundamento, fin y límite que a la misma le corresponde cumplir frente a la existencia de todos los derechos fundamentales.

Así, dada la esencial correlación entre derechos fundamentales y dignidad humana, en el caso de autos, supone otorgar un contenido al derecho a la identidad personal demandado, en tanto elemento esencial para garantizar una vida no sólo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material; o, en otras palabras, garantizar una vida digna.

Por tal razón, la identidad personal constitucionalmente protegida sólo será aquella que se sustente en el principio de dignidad de la persona humana.

8. En ese sentido, este Tribunal debe establecer que la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía.

Sólo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático del Derecho, aunque no comparte

la naturaleza claramente determinada de otros conceptos jurídicos –v.gr. propiedad, libertad contractual, etc.– ello no puede llevarnos a colocarla, únicamente, en el plano prejurídico o de constructo filosófico. Pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano.

9. Este reconocimiento del valor normativo de la dignidad humana, atraviesa por establecer, en primer lugar, que en la fundamentación misma de los derechos fundamentales que potencia y orienta los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales, se encuentra la afirmación de la multifuncionalidad que les es inherente, atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista.

Este despliegue en múltiples direcciones inherente a los derechos fundamentales, como no podría ser de otro modo, también se encuentra presente en la dignidad humana, que es comprensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, siendo que todas ellas en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica¹ (a mayor abundamiento, *mutatis mutandi*, el derecho al debido proceso en su origen se encontró determinado por una diversidad de objetivos, tales como la garantías de libertad personal, seguridad jurídica, razonabilidad, motivación de las resoluciones, entre otros, los cuales progresivamente pasaron a conformar su contenido esencial constitucionalmente protegido).

Una vez identificado este contenido práctico –objetivo y universal, en tanto fundamentado en las necesidades concretas y reales de los hombres–, el Tribunal Constitucional se encuentra en la responsabilidad constitucional de recogerlo y concretizarlo jurisprudencialmente en un postulado normativo: el *principio-derecho* de la dignidad humana. De ahí que de la jurisprudencia de este Colegiado [STC N° 0050-2004-AI (acumulados), N° 0019-2005-PI/TC, N.º 0030-2005-PI, N° 1417-2005-AA, N° 10107-2005-PHC], encontramos que la dignidad humana constituye tanto un *principio* como un *derecho fundamental*, de forma similar a la igualdad, debido proceso, tutela jurisdiccional, etc.

10. El doble carácter de la dignidad humana, produce determinadas consecuencias jurídicas:

Primero, en tanto *principio*, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extensible a los particulares.

1 PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 4ta. Edición, 180-184

Segundo, en tanto *derecho fundamental* se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma *praxis* intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos.

La partida de nacimiento

11. Es el documento a través de cual se acredita el hecho del nacimiento y, por ende, la existencia de una persona. Con este asiento registral y sus certificaciones correspondientes en los registros civiles se deja constancia del hecho inicial o determinante de la existencia de una personalidad humana.

Naturaleza jurídica y trascendencia de la partida de nacimiento

12. La partida de nacimiento constituye un asiento registral y sus certificaciones instauran probanza legal:

- Del hecho de la vida.
- De la generación materna y paterna, salvo las omisiones por legitimidad.
- Del apellido familiar y del nombre propio.
- De la edad.
- Del sexo.
- De la localidad en que surge a la existencia, que lleva consigo la nacionalidad.
- De la soltería, mientras no se ponga nota marginal del matrimonio.

Es el documento que acredita la filiación y paternidad, la nacionalidad por la stirpe, la mayoría automática, por el transcurso del lapso legal, y la inscripción en otros registros, para efectos causales.

La partida de nacimiento en sí, y las notas marginales correspondientes, debe constituir microbiografía jurídica de cada persona.

De acuerdo con la legislación de cada país, está establecido que el registro civil expide documentos que los interesados utilizan con el objeto de acreditar los hechos que han sido motivo de registro. En algunos países se expide solamente un tipo de documento para cada especie de hecho, el cual es una copia textual del asiento efectuado originalmente para realizar la inscripción del hecho en el registro; a este documento se denomina partida. En otros países los documentos se expiden para cada hecho y pueden ser de texto diferente, según el objeto al cual esté destinado.

Elementos de la partida de nacimiento: nombre del individuo al nacer

13. El nombre es la designación con la cual se individualiza al sujeto y que le permite distinguirse de los demás. El nombre tiene dos componentes: el prenombre y los apellidos. El nombre es el elemento característico individual del sujeto, libre de toda

vinculación preestablecida. Se refiere al nombre de pila, el cual es libre y es elegido por los padres o por el que hace la inscripción en el registro civil. La elección de un segundo o más nombres es facultativa. El nombre recoge datos históricos de la persona que la singularizan de los demás y provee la información base para la emisión del DNI. Es obligatorio tenerlo y usarlo; es inmutable, salvo casos especiales; no es comercial, puesto que es personalísimo, aun cuando se transmita por procreación; es imprescriptible, aunque se deje de usar, se haya empleado uno más o menos erróneo o se utilice un conocido seudónimo. Asimismo, permite la identificación, individualización y la pertenencia de una persona a una familia. Mediante el nombre se hace posible el ejercicio de derechos tales como la ciudadanía, la educación, la seguridad social, el trabajo y la obtención de una partida de nacimiento, entre otros.

El apellido

14. Designación común de una estirpe que cada uno porta debido a su pertenencia al grupo y a la que se diferencia por este apelativo. El apellido es el nombre de la familia que sirve para distinguir a las personas, y es irrenunciable e inmodificable. Debe figurar primero el apellido paterno y luego el apellido materno.

El apellido no puede cambiarse respecto al que consta en la partida de nacimiento, salvo por tramitación administrativa judicial. El apellido establece la filiación, los lazos de parentesco y la paternidad. Se transmite de padres a hijos, sean hijos matrimoniales o extramatrimoniales, siempre que hayan sido reconocidos dado el caso por sentencia judicial.

El sexo del individuo

15. Es la identificación que se asigna al recién nacido y que lo ubica en el género masculino o femenino. El sexo está compuesto por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico, psicológico, registral y social, los mismos que interactúan en el sujeto de tal forma que lo configuran. Al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico, ya que la personalidad del recién nacido, que expresará su identidad, recién comenzará a desarrollarse.

Fecha de nacimiento (hora, día, mes y año del nacimiento - día de la inscripción)

16. Establece la mayoría de edad automática; en el caso peruano, el derecho a obtener el documento nacional de identidad (DNI) se detenta desde los 18 años. La fecha de nacimiento determina límites para la celebración de actos jurídicos (matrimonio, adopción). Asimismo, la edad constituye un requisito para acceder a cargos públicos y para el goce de los derechos previsionales. Mediante la fecha de nacimiento se establece el momento en que se adquiere la ciudadanía, y se dota de derechos y deberes a la persona, con los cuales puede participar, dentro de sus limitaciones, en la vida pública del Estado; tales derechos pueden ser los relacionados con los beneficios que garantiza el Estado, así como la entrega del documento de identidad nacional, asistencia consular en el exterior o cualquier otro derecho contemplado en las normas del Estado.

El lugar de nacimiento

17. Vínculo político y social (“nacional”) que une a una persona con el Estado al que pertenece. Establece la nacionalidad, que a su vez significa la pertenencia de una persona a un sistema jurídico concreto dictado por un país. Este vínculo del individuo con un Estado le genera derechos y deberes recíprocos.

Identidad y dirección de los padres

18. Establece la filiación y la paternidad es decir, el vínculo familiar respecto al hijo en primer grado de consanguinidad en línea recta; asimismo, otorga deberes y derechos tales como la patria potestad y la complejidad de otros que de ella derivan. En el ámbito del derecho penal sirve para establecer circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes. Estos datos, como la identidad, la dirección, nacionalidad y profesión de los padres, tienen efectos útiles para fines estadísticos.

Nombres y apellidos del registrador

19. Mediante estos datos se corrobora la formalidad y legalidad de la información que se consigna en la partida de nacimiento, de acuerdo a la legislación peruana. La partida de nacimiento debe contener el nombre y apellido, así como la edad, estado civil, naturaleza, profesión u oficio y domicilio de las partes que intervienen en el acto de inscripción.

Tratamiento de la partida de nacimiento en la legislación

20. La Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil establece que los actos concernientes al estado civil de las personas –en primer término, por supuesto, el nacimiento– se harán constar en el registro civil. Las inscripciones de los nacimientos producidos en los hospitales del Ministerio de Salud y del Instituto Peruano de Seguridad Social se realizarán obligatoriamente dentro del tercer día de producido el nacimiento, en las oficinas de registros civiles instaladas en dichas dependencias.

Las inscripciones de los nacimientos no contemplados en el párrafo anterior, se efectuarán dentro de un plazo de treinta (30) días y se llevarán a cabo, preferentemente, en la dependencia del registro bajo cuya jurisdicción se ha producido el nacimiento o del lugar donde reside el niño.

Las partidas del registro civil contienen la información referente al nombre de la persona. Ello permite, dado que los registros son públicos, que cualquier persona pueda solicitar la transcripción literal de la partida en la que consta de modo auténtico el nombre que corresponde a todo sujeto de derecho. La partida acredita en forma veraz el hecho en ella contenido, es una prueba preconstituida, salvo que se demuestre judicialmente su falsedad.

En efecto, de conformidad con el artículo 41° de la Ley Orgánica del Registro Civil de Identificación y Estado Civil, el registro del estado civil de las personas es obligatorio y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44° del mismo cuerpo normativo, los nacimientos se inscriben en el registro de estado civil.

La inscripción del nacimiento es el acto oficial en virtud del cual la persona legitimada por ley pone en conocimiento del funcionario competente del registro de estado civil, el nacimiento de una persona y el nombre propio con el que quedará inscrita; por ello, es razonable que se remita la prueba del nombre a lo que resulte en dicho registro, máxime cuando cualquier variación y los actos que de una u otra forma inciden en el nombre de la persona, también se inscriben en el citado registro; ya que, además, se inscriben en este los cambios o adiciones de nombre, las adopciones, las sentencias de filiación y el reconocimiento de hijos, entre otros.

Asimismo, dado que el registro del estado civil tiene carácter público, cualquier interesado puede solicitar la expedición de las constancias de inscripción respectivas, las que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58° de la citada ley orgánica, son consideradas instrumentos públicos y constituyen prueba fehaciente de los hechos a que se refieren, salvo que se declare judicialmente su nulidad. En este sentido, la información relativa al nombre obrante en el registro del estado civil, acredita en forma veraz el nombre de una persona determinada.

No obstante, debe precisarse que si bien la inscripción del nacimiento de una persona en el registro de estado civil prueba el hecho del nacimiento y el nombre de la persona, ello no significa en modo alguno que dicha inscripción constituye también medio de prueba de la filiación de dicha persona. Incluso cuando al momento de inscribir el nacimiento y subsecuente nombre también se haya efectuado el reconocimiento del hijo extramatrimonial, en tal caso, en puridad, será este último acto el que acredite la filiación, mas no la inscripción del nacimiento. Al respecto, el artículo 52° de la ley orgánica antes citada contempla una disposición expresa en el sentido señalado.

Por otro lado, si bien el incumplimiento de la obligación de registrar el nacimiento y subsecuente nombre de una persona impide la obtención del documento nacional de identidad (DNI) y la expedición de alguna constancia por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, y, consecuentemente, el ejercicio de los derechos para los que se requiere la previa obtención del DNI o la previa identificación de la persona, la falta de inscripción del nacimiento de una persona no autoriza en modo alguno que se desconozcan o nieguen los derechos que le corresponden como ser humano, que son inherentes a su condición humana, como son el derecho a la vida, a la integridad personal, a la legítima defensa, etc.

Tales afirmaciones pueden apreciarse en situaciones concretas; así, se tiene, a guisa de ejemplo, un caso de prestación de alimentos resuelto por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Exp. N° 462-2003 Cajamarca), que fue revisado por dicha Sala por haberse contravenido las normas que garantizan el debido proceso, vulnerado normas de carácter imperativo y perjudicado el derecho a accionar de una menor alimentista, privándola de la tutela jurisdiccional efectiva por no haber sido registrada en los registros civiles, preexistencia que no puede negarse porque el certificado médico de nacimiento acredita que nació viva y que, como tal, es sujeto de derecho. La Sala consideró que el solo nacimiento de la persona le otorga titularidad sobre los derechos que le corresponden, según el Código Civil, sin que sea requisito la

inscripción del nacimiento, y que debe considerarse el interés superior del niño y el adolescente.

Así, una cosa es la posibilidad de ser identificado, la que se realiza, como se ha señalado ya, con el nombre, cuya prueba se remite a la inscripción del nacimiento en el registro del estado civil, y otra cosa muy distinta el derecho de gozar de los derechos fundamentales inherentes al ser humano, el que corresponde por el simple hecho de tener vida. En este sentido, la imposibilidad de identificar a un ser humano no equivale de ninguna manera a privarlo de sus derechos como ser humano.

Una vez que se asigna una cierta denominación a cada individuo, surge la necesidad de que éste conserve el nombre que se le ha dado. Su eventual modificación podría generar confusión e impediría la identificación de la persona. De ahí que el titular tenga también el deber de mantener la designación que le corresponde.

Por ello, como regla general se ha establecido que nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones. Sin embargo, existe una excepción, que se presenta cuando existen motivos justificados y media una autorización judicial, publicada e inscrita.

Por ejemplo, se puede decir que una persona tiene un motivo justificado para realizar cambio de nombre cuando se le ha asignado uno extravagante o ridículo, que sea móvil para la burla de terceras personas, con la consiguiente afectación de su tranquilidad y bienestar.

Asimismo, podría proceder el cambio de nombre de una persona que es homónima de un avezado y famoso delincuente o de una persona que ha sufrido escarnio público, pues tales coincidencias le impedirían realizar normalmente sus actividades cotidianas, por las continuas discriminaciones o temores de los que sería víctima.

Estos cambios de nombre deben ser debidamente garantizados por la publicidad, con la finalidad de que las personas que se sientan afectadas con tales hechos puedan impugnarlos oportunamente en sede judicial.

El artículo 826° del Código Procesal Civil vigente regula la rectificación de nombre, con trámite en vía no contenciosa, ante un Juzgado de Paz Letrado, pretensión que no puede equipararse a la de cambio de nombre, pues rectificar significa subsanar un error u omisión, generalmente involuntarios, en que se incurrió al consignarse el nombre civil en la respectiva partida de nacimiento. Por el contrario, con el cambio de nombre, lo que se pretende es cambiar una denominación personal, en mérito a ciertas motivaciones, a lo que accederá el Juez si encuentra que los motivos son justificados.

El derecho a la identidad

21. Este Tribunal considera que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2° de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características

corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).

22. La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos.

23. Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas.

El Documento Nacional de Identidad y su importancia

24. En nuestro sistema jurídico, al igual como ocurre en otros modelos que ofrece el derecho comparado, los referentes objetivos con los que se determina la identidad suelen ser patentizados a través de algún documento especial. En el caso particular del Perú, es el Documento Nacional de Identidad el que cumple tal rol o función, constituyéndose en un instrumento que permite no sólo identificar a la persona, sino también le facilita realizar actividades de diverso orden, como participar en comicios electorales, celebrar acuerdos contractuales, realizar transacciones comerciales, etc.

25. En efecto, en nuestro ordenamiento, el Documento Nacional de Identidad tiene una doble función: de un lado, permite que el derecho a la identidad se haga efectivo, en tanto posibilita la identificación precisa de su titular; y, de otro, constituye un requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos consagrados por la Constitución vigente. Además, dicho documento es requerido para el desarrollo de actividades comerciales, trámites judiciales y otros trámites de carácter personal, con lo que la carencia del mismo supone una limitación de otros derechos ciudadanos, uno de los cuales está referido a la libertad individual.

26. Como es fácil percibir, de la existencia y disposición del Documento Nacional de Identidad depende no sólo la eficacia del derecho a la identidad, sino de una multiplicidad de derechos fundamentales. De ahí que cuando se pone en entredicho la obtención, modificación, renovación, o supresión de tal documento, no sólo puede verse perjudicada la identidad de la persona, sino también un amplio espectro de

derechos, siendo evidente que la eventual vulneración o amenaza de vulneración podría acarrear un daño de mayor envergadura, como podría ocurrir en el caso de una persona que no pueda cobrar su pensión de subsistencia, por la cancelación intempestiva del registro de identificación y del documento de identificación que lo avala.

EXP. N° 2147-2010-PHC/TC
NANCY AURORA LINARES ARI

CASO

Con fecha 28 de marzo de 2007, Nancy Aurora Linares Ari interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Independencia a efectos de que se disponga el retiro de las rejas metálicas instaladas por la Junta Vecinal Villa Alta y los pobladores del Comité 11, puesto que se está afectando su derecho a la libertad de tránsito.

Refiere que la Municipalidad emplazada, por Resolución N° 022-2006-GGU-MDI, de fecha 10 de marzo de 2006, autorizó, por el periodo de un año, la instalación de una reja metálica ubicada en la intersección de la Av. 2 de marzo con Jr. Villa Alta. Señala que no obstante dicha disposición y ante la conducta concesiva por la Municipalidad a la fecha han instalado tres rejas, lo que viene causando grave perjuicio a las personas que vienen transitando por el Jr. Villalta. Finalmente, respecto a la reja metálica que cuenta con la autorización indica que el plazo establecido en la Resolución Municipal citada ha vencido, por lo que debe disponerse el retiro de las tres rejas metálicas por no contar con la autorización del ente competente.

Tramitado el proceso de amparo, por Resolución N° 29, de fecha 20 de junio de 2008, emitida por el Sexto Juzgado Especializado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, se declara la improcedencia de la demanda en atención a que por su naturaleza de pretensión no puede ser tramitada en el proceso de amparo sino en el de hábeas corpus, y se remita los actuados al juzgado penal competente. Por Resolución de fecha 18 de agosto de 2008, se dispone la admisión a trámite de la demanda de hábeas corpus teniendo como demandados a la Junta Vecinal Villa Alta y los pobladores del Comité 11 y a la Municipalidad de Independencia.

Realizada la investigación sumaria, la demandante señala que las rejas instaladas afectan su derecho al libre tránsito, porque en algunas oportunidades están abiertas y en otras cerradas; es decir, que no existe horario establecido. Agrega que los emplazados han utilizado un espacio como cochera frente a la casa donde vive. Por otro lado, los emplazados, integrantes del Comité 11, señalaron que efectivamente se ha realizado la instalación de tres rejas metálicas con autorización de la Municipalidad emplazada y que éstas no obstaculizan el libre tránsito. Asimismo, manifiestan que la reja que se encuentra ubicada en la esquina de Jr. Villa Alta con la Av. Dos de marzo y del Jr. Villa Alta con el Pasaje Nueve de Octubre están abiertas las 24 horas, teniendo vigilancia permanente la primera reja, y que la reja ubicada en el

límite entre el volante y El Milagro se cierra a las doce de la noche y se abre a las 5 de la mañana, siendo una vecina la encargada de tal función. La Procuradora de la Municipalidad de Independencia refiere que por Resoluciones Nos 22-2006-GGU-MDI y 091-2007-GGMDI, la Municipalidad referida autorizó la instalación de 2 rejas metálicas ubicadas en el Jr. Villa Alta, cruce con Av. Dos de Marzo y en el Jr. Villa Alta, cruce con el Pasaje 9 de Octubre del Asentamiento Humano El Volante.

El Décimo Tercer Juzgado Especializado Penal de Lima, con fecha 10 de junio de 2009 declara fundada la demanda considerando que los emplazados no han cumplido las disposiciones exigidas por la Municipalidad de Independencia, dado que las rejas no cuentan con vigilancia permanente ni con las señalizaciones requeridas.

La Primera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, con fecha 11 de enero de 2010, declara fundada en parte la demanda en el extremo referido a la colocación del elemento de seguridad instalado al final del Jr. Villa Alta, ya que las otras 2 rejas se encuentran abiertas.

FUNDAMENTOS

§. Los alcances genéricos de la libertad de tránsito o derecho de locomoción

5. El artículo 2º, inciso 11), de la Constitución regula el derecho fundamental a la libertad de tránsito. Esta facultad comporta el ejercicio del atributo *ius movendi et ambulandi*. Es decir, supone la posibilidad de desplazarse autodeterminativamente en función de las propias necesidades y aspiraciones personales a lo largo y ancho del territorio, así como la de ingresar o salir de él, cuando así se desee. Se trata, en suma, de un imprescindible derecho individual y de un elemento conformante de la libertad individual. Más aún, deviene en una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona, toda vez que se presenta como el derecho que tiene ésta para poder ingresar, permanecer, circular y salir libremente del territorio nacional. Sin embargo, este derecho, como todos los demás, no es absoluto, sino que tiene que ejercerse según las condiciones de cada titular del mismo de acuerdo con las limitaciones que la propia Constitución y la ley establecen (Exp. N° 2876-2005-HC/TC, caso Nilsen Mallqui Laurence).

§. Las vías de tránsito público y el establecimiento de rejas como medida de seguridad vecinal (Exp. N° 3482-2005-HC/TC, caso Luis Augusto Brain Delgado y otros)

6. Siendo las vías de tránsito público libres en su alcance y utilidad, pueden sin embargo, en determinadas circunstancias, ser objeto de regulaciones y aun de restricciones. Cuando éstas provienen directamente del Estado, se presumen acordes con las facultades que el propio ordenamiento jurídico reconoce en determinados ámbitos (como ocurre, por ejemplo, con las funciones de control de tránsito efectuadas por los gobiernos municipales); cuando provienen de particulares, existe la necesidad de determinar si existe alguna justificación sustentada en la presencia o ausencia de determinados bienes jurídicos.

7. Justamente en la existencia o reconocimiento del bien jurídico Seguridad

Ciudadana se encuentra lo que, tal vez, constituya la más frecuente de las formas a través de las cuales se ven restringidas las vías de tránsito público. Tras la consabida necesidad de garantizar que la colectividad no se vea perjudicada en sus derechos más elementales frente al entorno de inseguridad recurrente en los últimos tiempos, se ha vuelto una práctica reiterada el que los vecinos o las organizaciones que los representan opten por colocar rejas o mecanismos de seguridad en las vías de tránsito público. Aunque queda claro que no se trata de todas las vías (no podría implementarse en avenidas de tránsito fluido, por ejemplo) y que sólo se limita a determinados perímetros (no puede tratarse de zonas en las que el comercio es frecuente), es un hecho incuestionable que la colocación de los citados mecanismos obliga a evaluar si el establecimiento de todos ellos responde a las mismas justificaciones y si puede exhibir toda clase de características.

8. Este Colegiado ha tenido la oportunidad de precisar que la instalación de rejas como medida de seguridad vecinal no es, *per se*, inconstitucional, si se parte de la necesidad de compatibilizar o encontrar un marco de coexistencia entre la libertad de tránsito como derecho y la seguridad ciudadana como bien jurídico. Lo inconstitucional sería, en todo caso, que el mecanismo implementado o la forma de utilizarlo resultara irrazonable, desproporcionado o simplemente lesivo de cualquiera de los derechos constitucionales que reconoce el ordenamiento. Como lo ha sostenido la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 81 sobre *Libertad de tránsito y seguridad ciudadana. Los enrejados en las vías públicas de Lima Metropolitana*, emitido en el mes de enero de 2004, pp. 42, “No se puede admitir un cierre absoluto de una vía pública, ya que ello afectaría el contenido esencial del derecho al libre tránsito. Consecuentemente, se debe garantizar que los enrejados no sean un obstáculo para el ejercicio del derecho al libre tránsito, sino sólo una limitación razonable y proporcional. Ello quiere decir que dicha medida tiene que estar justificada por los hechos que le han dado origen, el crecimiento de la delincuencia; por la necesidad de salvaguardar un interés público superior, la protección del bien jurídico seguridad ciudadana; y debe ser proporcionada a los fines que se procuran alcanzar con ella”.

8. ÁMBITO ARBITRAL

a. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA ANTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**EXP. 0189-99-AA /TC
PESQUERA RODGA S.A.**

CASO

Pesquera Rodga S.A., representada por su apoderado don Máximo Pacheco Arenas interpone Acción de Amparo contra don Sergio León Martínez, don Jorge Ramírez Díaz y don Carlos Cárdenas Quirós, en cuanto árbitros designados para resolver la controversia sobre resolución de contrato y otros en el proceso arbitral seguido entre la demandante y Naves Industriales S.A. (Navinsa), y contra el Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial (Cearco Perú), en cuanto institución organizadora del arbitraje entre Naves Industriales S.A. y Pesquera Rodga S.A., por considerar vulnerados sus derechos constitucionales al debido proceso, a la tutela jurisdiccional, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la libertad de contratación y de propiedad. Pretende, por tanto, se declare nulo el laudo de fecha dieciocho de julio de mil novecientos noventa y ocho, se expida uno nuevo respetando la ley y la relación contractual de las partes y se permita ejercer su derecho de propiedad respecto de la embarcación pesquera Rodga II y otras.

Especifica la demandante que con fecha dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y siete, Cearco Perú constituyó el Tribunal Arbitral conformado por don Sergio León Martínez, don Juan Ramírez Díaz y don Carlos Cárdenas Quirós con el objeto de resolver sobre las diferencias entre aquella y Navinsa respecto de la ejecución de cuatro contratos para la construcción de las embarcaciones Rodga I, Rodga II, Rodga III y Rodga IV. Producido el laudo arbitral, sin embargo, se vulneró su derecho de contratación, específicamente la libertad de estipular las condiciones del contrato, por cuanto el citado Tribunal ha decidido sobre la base de un derecho que no es aplicable, como se ve en el considerando trigésimo séptimo del laudo, donde se hace aplicable a la controversia el artículo 1331° del Código Civil, cuando en realidad debió resolverse conforme al artículo duodécimo del contrato, el cual establece el modo, forma y consecuencias a que las partes se someten en caso de resolución del contrato. Se ha vulnerado igualmente el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, ya que en el laudo se fija arbitrariamente una indemnización por daños y perjuicios de US\$ 1'500,000.00, sin establecer de manera objetiva y motivada el cálculo para determinar dicho monto. La misma situación ocurre con la suma de US\$ 61,881.35 que se fija como saldo pendiente por diferencia de precio en la construcción de la embarcación pesquera Rodga I, sin expresarse las razones que

sustentan dicho monto. Bajo la misma lógica se declaró infundada la reconvencción formulada por Pesquera Rodga S.A. para que se le indemnice por daños y perjuicios como consecuencia de la construcción defectuosa de la embarcación Rodga I. Se ha transgredido, asimismo, el derecho al debido proceso y a la tutela judicial, por cuanto el laudo no guarda la forma prescrita por el artículo 32° inciso 3) del Reglamento de Procedimientos de Arbitraje de Cearco Perú ni tampoco cumple con el artículo 50° inciso 5) de la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26752). Tampoco se ha dado trato equitativo a la demandante de amparo durante el proceso de arbitraje, pues se rechazaron las pruebas que aportó. Por otro lado, al fijarse la arbitraria indemnización, se ha condicionado la entrega de sus embarcaciones al pago del referido monto indemnizatorio, configurándose abuso del derecho. Finalmente se ha vulnerado el derecho de propiedad, ya que al condicionarse la entrega de sus tres embarcaciones en poder de Navinsa al pago de los US\$ 1'500,000.00 indemnizatorios, no se ha meritado que con las embarcaciones Rodga III y Rodga IV se encuentra garantizada la eventual indemnización. La negativa a entregarle la embarcación Rodga II viola su derecho de usar, disfrutar y disponer de un bien de su propiedad, lo que se agrava por el hecho de que en la referida embarcación se encuentran diversos bienes suministrados por la demandante de amparo y cuyo valor es superior al citado monto indemnizatorio.

Contestada la demanda por el Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú-Cearco Perú, representada por don Rafael Villegas Cerro, ésta es negada y contradicha, en atención a que su institución recibió de Navinsa una solicitud para constituir Tribunal Arbitral a efectos de solucionar el conflicto suscitado con Pesquera Rodga S.A.; ello, conforme al artículo 13° (Cláusula Arbitral) del contrato de construcción de embarcación pesquera, situación que fue puesta en conocimiento de la demandante de la Acción de Amparo. Desde la instalación del Tribunal Arbitral con fecha dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y siete, su institución no tiene poder de decisión sobre el proceso, ya que ello corresponde a los árbitros, conforme al artículo 18° de la Ley General de Arbitraje. Por consiguiente, Cearco Perú no tiene posibilidad de vulnerar los derechos de la demandante. Por otra parte, el amparo no es la vía procesal para declarar nulo el laudo ni el juez competente para pronunciarse en tal sentido, conforme los artículos 71° y siguientes de la Ley General de Arbitraje. Finalmente, refiere que la demandante se apersonó al proceso arbitral e incluso interpuso reconvencción, conforme se aprecia del laudo. Contestan igualmente la demanda, don Sergio León Martínez, don Jorge Ramírez Díaz y don Carlos Cárdenas Quirós, los cuales igualmente niegan la demanda, ya que no existe violación al debido proceso, toda vez que la demandante se sometió voluntariamente al proceso arbitral, conforme al Reglamento de Cearco Perú y en aplicación del artículo décimo tercero del Contrato de Construcción del siete de mayo de mil novecientos noventa y dos. En el citado proceso, alegan, se siguió cumpliendo los plazos y exigencias del indicado Reglamento, habiendo presentado las partes, dentro de los plazos reglamentarios, todas las pruebas que consideraron pertinentes y habiendo hecho uso de su defensa, sin que se denunciara transgresión de las normas del arbitraje. Tampoco existe violación al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, ya que el laudo detalla en cincuenta y siete considerandos los fundamentos de hecho y de derecho que amparan la decisión. No se ajusta igualmente a la verdad que la demandante no haya recibido trato equitativo, ya que los documentos a los que se refiere fueron presentados cuando ya había precluido la etapa de pruebas. Tampoco es

cierto que se haya vulnerado la tutela jurisdiccional al fijarse una indemnización por daños y perjuicios y condicionarse la entrega de las naves Rodga II, III, y IV al pago de la suma establecida, ya que el tribunal fijó el resarcimiento según el criterio equitativo que autoriza el artículo 1332° del Código Civil y la entrega de las naves conforme al principio de reciprocidad que obliga a que las partes cumplan con su prestación. Carece igualmente de asidero la supuesta violación de la libertad de contratar, ya que los árbitros no han sido parte en las relaciones contractuales sino los que dirimen conflictos que las partes someten a su decisión respecto de contratos ya celebrados. La demandante de amparo incurre en error ya que el artículo duodécimo del contrato contempla el ejercicio de la potestad resolutoria por alguna de las partes, situación distinta a la presentada, donde es el Tribunal el que decide la resolución del contrato. Tampoco se ha vulnerado la propiedad, por establecerse que contra el pago de la indemnización, Navinsa procederá a la entrega de las naves, ya que la interdependencia de prestaciones está amparada en la ley. Finalmente, no procede entablar amparo contra resoluciones judiciales emanadas de procedimientos regulares y menos obtener por dicha vía la nulidad de un laudo arbitral. Por último, Navinsa, representada por don Carlos Masnjak Risco, contesta la demanda, el cual igualmente la niega en atención a que la demandante no sólo se apersonó al proceso arbitral y contestó la demanda, sino que también reconvino. Más aún, durante el referido proceso, la conducta de la demandante ha sido dilatoria, evidenciando mala fe en sus actos. La demandante, por otra parte, no ha demostrado que se hayan vulnerado los derechos que invoca por parte del Tribunal Arbitral, por el contrario, a lo largo del proceso se han respetado sus derechos, sin observarse violaciones al debido proceso, la tutela jurisdiccional, la libertad de contratar, la motivación de resoluciones judiciales y el derecho de propiedad. Finalmente, es improcedente la nulidad de laudo arbitral por vía de la Acción de Amparo.

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público, con fecha 29 de setiembre de 1998, declara fundada la demanda, por considerar: Que dada la naturaleza de la decisión del Tribunal Arbitral, no habiendo pactado las partes que se sometieron a ella la impugnación al laudo, dicho fallo no constituye cosa firme, en tanto lo resuelto contravenga la Carta Magna, máxime si tratándose de un arbitraje de derecho como medio de solución de controversias, se ubica dentro de los límites de la autonomía de la voluntad o la libertad de contratación; Que si bien dentro de las causales de anulación del laudo, contenidas en el artículo 73° de la Ley N° 26572 no se encuentran comprendidas las garantías constitucionales debido a la presunción de constitucionalidad de dicha norma, ello no representa una limitación ni debe afectar el ejercicio de la presente acción, dada la aludida jerarquía constitucional, lo que se confirma, por cuanto la parte accionante carece de una vía previa para reclamar la protección de las garantías consagradas en la Carta Magna; Que el análisis del juzgador debe centrarse en la revisión del laudo arbitral del dieciocho de junio de mil novecientos noventa y ocho, a efectos de verificar si el conflicto sometido a arbitraje se ha resuelto sin afectarse las exigencias formales de tramitación previstas en la Ley General de Arbitraje, así como acorde con la naturaleza de la pretensión controvertible, además, que tal decisión jurisdiccional, por ser un pronunciamiento único y último del arbitro, no lesione derecho constitucional alguno; Que la voluntad de las partes no debía sustraerse de análisis por el Tribunal Arbitral al resolverse el litigio sometido a arbitraje; Que se aprecia de la cláusula duodécima del contrato que la constructora y la armadora pactaron que, al resolverse dicho contrato por

incumplimiento de las partes de las obligaciones y responsabilidades que han sido estipuladas en ese documento, la constructora se reservaba el derecho de vender la embarcación, la armadora se comprometía a abonar a la constructora la suma equivalente al ocho por ciento sobre el saldo que al momento de la resolución del contrato restare por recibir y la constructora debería devolver los importes que a la fecha de resolución del contrato haya recibido; Que el laudo arbitral no ha considerado en forma alguna el libre acuerdo de las partes pactada en el contrato materia del conflicto en caso de resolución del mismo por incumplimiento de cualquiera de ellos; consecuentemente, lo laudado no se encuentra acorde con la exigencia prescrita en el artículo 44°, incisos 3) y 5) (sic) de la Ley General de Arbitraje, lesionándose con ello la libertad de contratación y la motivación debida de la decisión, tuteladas por los artículos 2° inciso 14) y 139° inciso 5) de la *Lex Legum*.

La Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público, con fecha 28 de enero de 1999, revoca la resolución apelada y declara improcedente la acción, por considerar: Que de conformidad con el inciso 1) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, se reconoce la existencia de tres jurisdicciones independientes: la judicial, la militar y la arbitral; Que conforme lo establece el inciso 2) del artículo 200° de la Norma Suprema, concordante con el artículo 6° numeral 2) de la Ley N° 23506, las acciones de garantía no proceden contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular, resultando ilustrativo señalar que mediante la Ley N° 27053 se ha modificado el indicado artículo de la ley de la materia, ampliando sus alcances en el sentido de que éstas tampoco proceden contra resoluciones arbitrales emanadas de proceso regular, debiendo añadirse, además, que de cometerse anomalías en un proceso, éstas deberán ventilarse y resolverse dentro de los mismos con el ejercicio de los recursos que las normas procesales específicas prevén (en el caso, la Ley N° 26572) según lo señala el artículo 10° de la Ley N° 25398; Que, de la cláusula décimo tercera del contrato de construcción se puede advertir que las partes pactaron que, en el caso de producirse cualquier discrepancia respecto a su interpretación, dicha controversia sería sometida obligatoriamente al Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial (Cearco) así como a su Reglamento de Procedimiento y Laudo que pudiera dictarse; Que la empresa demandante pudo cuestionar el laudo sub materia utilizando los recursos que la ley pone a su alcance, situación que no se produjo debido a su propia inacción, por lo que se colige que recurre al Órgano Jurisdiccional pretendiendo obtener la declaración de nulidad del laudo expedido, trámite que se encuentra contemplado en el artículo 61° de la Ley N° 26572; Que no se evidencia afectación de los derechos constitucionales de la actora, la que pretende cuestionar en sede judicial el fallo arbitral expedido como consecuencia de un proceso a cuyo resultado se sometió voluntariamente, no pudiendo soslayarse el valor y carácter definitivo que contiene un laudo resultante de un debido proceso.

FUNDAMENTOS

3. Que, a este respecto, es un hecho incontrovertible que la posibilidad de cuestionarse por vía del proceso constitucional un laudo arbitral, esto es, una resolución expedida por un Tribunal Arbitral, no puede considerarse una opción equivocada ni menos inconstitucional, habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto de la jurisdicción

ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar, como este mismo Colegiado lo ha podido determinar en la *ratio decidendi* de anteriores pronunciamientos, no existe razón alguna (tampoco y mucho menos legal, ya que se trata de derechos constitucionales) que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral, quedando por precisar, en todo caso, cuáles son las circunstancias o los casos bajo los cuales procede o se habilita semejante cuestionamiento.

4. Que, en materia de procesos constitucionales, contra resoluciones de la jurisdicción común e incluso de la jurisdicción militar, existe un criterio desde hace mucho tiempo, que ha sido reafirmado en reiteradas oportunidades y que tiene su punto de partida en el texto original del inciso 2) del artículo 6° de la Ley N° 23506, que a la letra dispone: “No proceden las acciones de garantía... contra resolución judicial emanada de procedimiento regular” (texto que, por cierto, ha sido modificado –en realidad complementado– por la Ley N° 27053, pero que no resulta pertinente invocarse en esta oportunidad, por haber sido expedida dicha norma con posterioridad al inicio del presente proceso). Bajo dicho contexto, ‘procedimiento regular’ –ya lo ha dicho este Tribunal– es aquél en el que se respetan los derechos procesales de rango constitucional y que, como se sabe, son el debido proceso (en sus diversas variantes) y la tutela judicial efectiva. Por el contrario, es ‘procedimiento irregular’ aquél en el que la jurisdicción o sus autoridades distorsionan en alguna forma o simplemente vulneran el contenido esencial de dichos atributos, legitimando por ende su cuestionamiento constitucional. De manera que frente al primer caso y por referencia explícita a los laudos de la jurisdicción arbitral, no será viable articular una garantía constitucional tratándose de laudos derivados de proceso o procedimiento regular. En el segundo caso, en cambio, sí será pertinente el uso de las garantías constitucionales al tratarse de laudos emitidos tras procesos o procedimientos arbitrales manifiestamente irregulares.

5. Que, paralelamente a lo dicho, conviene precisar igualmente, que la posibilidad de que mediante una resolución de la jurisdicción (incluida la arbitral) se lesione un derecho constitucional distinto a los estrictamente procesales (verbigracia, derecho de propiedad, contratación, asociación, etc.) y que frente a tal contingencia procedan las garantías, no es una tesis admitida por el derecho procesal constitucional peruano o por su doctrina, pues ello supondría que la garantía (llámese hábeas corpus o amparo) estaría destinada a revisar directamente el fondo de los procesos respectivos, como si el proceso constitucional fuese en realidad una suprainstancia jurisdiccional. Por ello, a menos de que lo que se vulnere por una autoridad jurisdiccional sea un derecho procesal con rango constitucional (debido proceso o tutela judicial efectiva) o una norma constitucional sustantiva que pueda tener implicancias procesales, no será viable el uso del proceso constitucional. La única excepción a dicha regla será la de la tutela de derechos constitucionales sustantivos, cuando los mismos son vulnerados como consecuencia de la violación paralela de derechos constitucionales de naturaleza procesal, como aconteció en el Expediente N° 611-97-AA/TC, donde junto con la amenaza del derecho de propiedad existía una evidente transgresión del derecho a la defensa como variable del debido proceso.

b. PRECEDENTE VINCULANTE EN MATERIA ARBITRAL

**EXP. N° 0142-2011-PA/TC- LIMA
SOCIEDAD MINERA DE RESPONSABILIDAD LTDA. MARIA JULIA**

CASO

Con fecha 18 de diciembre de 2009, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Tribunal Arbitral compuesto por el Árbitro Único don Luis Humberto Arrese Orellana, a fin de que se declare la ineficacia del laudo arbitral de derecho contenido en la Resolución del 22 de septiembre de 2009, recaída en el Caso Arbitral N° 1487-119-2008, así como su inscripción registral dispuesta por el mismo laudo, y que se ordene que se retrotraiga el Caso Arbitral N° 1487-11-2008 hasta antes de la expedición del referido laudo. Alega la recurrente que se afecta sus derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

Según la recurrente, el árbitro demandado no ha explicado o fundamentado debidamente por qué existe una “incompatibilidad” en la cláusula Tercera del Contrato de Cesión Minera en cuanto al momento de inicio de la exploración minera. Más aún, el laudo se fundamenta en la invocación de normas impertinentes para la interpretación de la cláusula referida. Asimismo, la recurrente sostiene que el árbitro demandado no ha valorado debidamente los hechos y la prueba documentaria que obra en el expediente arbitral.

Con fecha 23 de diciembre de 2009, el Quinto Juzgado en lo Constitucional de Lima, mediante Resolución, declara de plano improcedente la demanda interpuesta, por cuanto la recurrente no ha cumplido con agotar la vía previa.

Con fecha, 23 de julio de 2010 La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirma la apelada, pero considera además, que la demanda es improcedente por la existencia del recurso de anulación del laudo (según la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje), que es vía igualmente satisfactoria para la protección de la pretensión solicitada.

PRECEDENTE

20. De acuerdo con lo indicado líneas arriba y con la finalidad de establecer de modo claro y preciso los criterios a utilizarse en materia de amparo arbitral, este Supremo Intérprete de la Constitución establece, con calidad de precedentes vinculantes, las siguientes reglas:

Improcedencia del amparo arbitral

a) El **recurso de anulación** previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los **recursos de apelación y anulación** para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) constituyen *vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales*, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5°, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.

b) De conformidad con el inciso b) del artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071, no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aún cuando éstos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva. La misma regla rige para los casos en que sea de aplicación la antigua Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572.

c) Es improcedente el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación, de conformidad con el inciso a) del artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071; o el recurso de apelación y anulación si correspondiera la aplicación del inciso 1 del artículo 65° e inciso 1 del artículo 73° de la Ley N° 26572, respectivamente.

d) Cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, artículo 63° [incisos “e” y “f”]) o los recursos de apelación y anulación (Ley General de Arbitraje, respectivamente, artículos 65° [inciso 1] y 73° [inciso 7]), siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo (artículo 5°, inciso 2, del Código Procesal Constitucional).

e) La interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia establecidas en esta sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral vía recurso de anulación y/o apelación según corresponda.

f) Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales sólo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4° del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.

Supuestos de procedencia del amparo arbitral

21. No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5° inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.

b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1071.

En el caso de los supuestos a) y b) del presente fundamento, será necesario que quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que éste haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo.

La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje.

26. No obstante, el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral debe ser objeto, como se acaba de expresar, de modulación por este Supremo Intérprete de la Constitución, con el propósito de que cumpla debidamente su finalidad de garantizar la primacía de la Constitución y evitar así cualquier desviación en el uso de este control constitucional. Por ello, se instituye la siguiente regla:

El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes.

c. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA POSTERIOR AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**EXP. 6167-2005-PHC/TC - LIMA
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**

CASO

Con fecha 13 de mayo de 2005, don Renee Quispe Silva interpone demanda de hábeas corpus como procurador oficioso del abogado Fernando Cantuarias Salaverry, contra el Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, señor Silvio Máximo Crespo Holguín, alegando la presunta amenaza de su libertad individual por violación de sus derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva, al debido proceso y a la contradicción o defensa, puesto que dicho Fiscal formalizó denuncia penal contra Fernando Cantuarias Salaverry, mediante acusación de fecha 10 de mayo de 2005, por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal en agravio de Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. y el Estado, respectivamente.

Fundamentos de hecho:

- Fernando Cantuarias Salaverry fue designado para integrar un Tribunal Arbitral con los señores Jorge Santistevan de Noriega y Víctor Ávila Cabrera, colegiado que llevó a cabo el proceso arbitral entre la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. (en adelante Algamarca) y Minera Sulliden Shahuindo SAC (en adelante Sulliden).
- En el referido proceso arbitral, el árbitro Fernando Cantuarias Salaverry fue recusado por Algamarca, alegando que su padre se desempeñaba, conjuntamente con el doctor Enrique Lastres Berninzon –representante de Sulliden en el proceso arbitral-, como director de otra empresa llamada Cía. Minera Poderosa S.A. El planteamiento de recusación señala, además, que en 1996 Fernando Cantuarias Salaverry había ejercido la representación legal de esa empresa Cía. Minera Poderosa S.A. en otro arbitraje instaurado entre dicha empresa y Minera Pataz EPS.
- Mediante Resolución N° 75, de fecha 25 de noviembre de 2004, el Tribunal Arbitral declaró infundada dicha recusación.
- El 2 de diciembre de 2004, Algamarca plantea un pedido de nulidad sustancial de la resolución que declaró infundada la recusación, aduciendo que Fernando Cantuarias Salaverry era socio del Estudio Jurídico *Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados* y, por tanto, se encontraba impedido de intervenir como árbitro teniendo aparente interés personal. Ante este planteamiento, el recurrente afirmó que en junio de 1996 se retiró de la calidad de abogado de planta del estudio de su padre, para aceptar la designación de Gerente Legal de COFOPRI mediante Resolución Suprema publicada en el diario oficial *El Peruano*.

- Sin embargo, el Tribunal Arbitral, mediante Resolución N° 97, de fecha 30 de diciembre de 2004, desestimó la nulidad por considerar que ninguno de los hechos nuevos daban lugar a recusación alguna y, además, declaró improcedente la renuncia presentada por Cantuarias Salaverry.

- Frente a ello, el 27 de enero de 2005 Algamarca acudió a la vía penal, donde el fiscal demandado denunció a Fernando Cantuarias Salaverry por delitos de falsedad genérica y fraude procesal. Contra dicha resolución el recurrente interpone la presente demanda de hábeas corpus.

Fundamentos de Derecho:

- En el expediente formado en mérito a la denuncia interpuesta en contra del doctor Cantuarias Salaverry, no se han actuado las pruebas suficientes y necesarias para crear convicción en el titular del despacho de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial de Lima sobre la concurrencia de elementos suficientes que justifiquen el ejercicio de la acción penal en su contra, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 94° de la Ley Orgánica del Ministerio Público. De esta forma, se ha vulnerado el derecho constitucional a la tutela procesal efectiva (artículos 4° y 25°, último párrafo del Código Procesal Constitucional).

- Se ha vulnerado el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho, pues el demandado Fiscal Silvio Máximo Crespo Holguín, ha emitido una arbitraria denuncia sin efectuar el proceso de subsunción típica. Es decir, no establece por qué los hechos que describe son típicos conforme a los artículos 438° y 416° del Código Penal, ya que sólo describe hechos sin argumentar jurídicamente, lo que viola, además, el principio de legalidad previsto en el artículo 2°, inciso 14, literal d) de la Constitución Política.

- Se ha afectado igualmente el derecho de defensa, pues el beneficiario de la presente acción no fue citado por la autoridad correspondiente para efectuar su descargos, conforme lo establece el artículo 139°, inciso 14 de la Constitución Política. El Fiscal demandado formalizó denuncia sin que se haya recibido la correspondiente declaración indagatoria de Cantuarias Salaverry.

- Procede la interposición de un hábeas corpus preventivo porque existe la amenaza inminente de que se inicie un proceso penal en contra del beneficiario sobre la base de una denuncia violatoria de la Constitución y la legalidad. Y se podrían dictar medidas cautelares en su contra que afectarían su libertad o su patrimonio.

Con fecha 18 de mayo de 2005, el doctor Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, se apersona al proceso y formula descargos sosteniendo que no existe vulneración de los derechos constitucionales del demandante, pues durante la investigación indagatoria se le reconocieron las garantías necesarias para hacer valer sus derechos. Agrega que formalizó denuncia porque existen suficientes elementos de cargo que lo vinculan con el ilícito penal investigado, criterio que es compartido por el órgano jurisdiccional, pues el Sexto Juzgado Penal de Lima procedió a abrir instrucción; de modo contrario hubiera dispuesto el No Ha Lugar a la apertura de instrucción.

Con fecha 18 de mayo de 2005 se apersona al proceso el Procurador Público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, señor Rolando Alfonso Martel

Chang, y contesta la demanda solicitando que se declare improcedente, por los siguientes fundamentos:

- Pese a que se argumenta que el fiscal accionado procedió a abrir instrucción a escondidas y sin otorgarle al señor Fernando Cantuarias Salaverry derecho de defensa, esta información no se ajusta a la realidad, pues el señor Cantuarias ha tenido pleno conocimiento de esta investigación, habiendo sido citado por el fiscal hasta en cuatro oportunidades para que rinda su declaración indagatoria; sin embargo, no concurrió en ningún momento.
- El señor Cantuarias no argumenta ni prueba las razones por las cuales no serían válidas las notificaciones que él mismo ha acompañado al escrito de su demanda.
- La investigación fiscal no se realizó sin actividad probatoria puesto que el señor Cantuarias tuvo oportunidad de presentar sus descargos con relación al delito imputado. Adicionalmente, atendiendo la solicitud del señor Cantuarias, el fiscal solicitó la declaración del señor Jorge Santistevan de Noriega y del señor Víctor Ávila Cabrera, los mismos que no concurrieron a las citaciones efectuadas.
- Durante la investigación no se privó al accionante del derecho a ser escuchado por el Fiscal porque incluso se programó un informe oral a su petición, que tampoco efectuó alegando que la actividad probatoria no había concluido. Argumento que resultaría impertinente por no contar con asidero legal.
- No se trata de una amenaza cierta e inminente a un derecho constitucional, puesto que existe la posibilidad de que, efectuada la denuncia fiscal, el juez decida archivar el caso.

Fundamentos de derecho:

- En el caso de autos, el fiscal procedió a abrir investigación fiscal conforme a lo dispuesto en el artículo 94º, numeral 2) de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que señala que el Fiscal puede optar entre abrir investigación en el ámbito fiscal o formalizar la correspondiente denuncia penal en su calidad de titular de la acción penal.
- La ley no ordena que el Fiscal actúe la totalidad de medios probatorios que sean ofrecidos por las partes para formalizar la denuncia. Por tanto, el fiscal demandado no habría cometido infracción alguna al actuar los elementos probatorios que consideró necesarios.
- En concordancia con lo dispuesto por el artículo 94º del Ministerio Público, el Fiscal demandado procedió a formalizar su denuncia penal por considerar que contaba con el material probatorio necesario para llevarla a cabo.
- Conforme a lo establecido por el artículo 200º, inciso 1, el hábeas corpus procede cuando se amenaza la libertad individual o derechos conexos. Pero esta amenaza debe ser interpretada como cierta e inminente, para que sea tal; y no meramente subjetiva o conjetural, como ocurre en el presente caso.

Con fecha 7 de junio de junio de 2005, el Trigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima, declara fundada la demanda de hábeas corpus; por los siguientes fundamentos:

- a. El demandado violó el derecho de defensa del accionante al haberlo denunciado sin que se le haya tomado su declaración hasta en cuatro oportunidades, las cuales

resultaron inválidas, excepto la última de ellas, respecto de la cual se solicitó reprogramación. Así, la primera notificación del juzgado llegó a un domicilio distinto, la segunda al domicilio señalado en autos, pero un día después de programada la diligencia, la tercera nuevamente a un domicilio distinto y la cuarta a su domicilio, que fue la única notificación válida que citaba a Cantuarias Salaverry para el 5 de mayo de 2005, ante lo cual la defensa pidió una nueva fecha y hora, obteniéndose por toda respuesta la denuncia fiscal por parte del demandado.

b. Ante esta decisión fiscal, el demandante manifestó la imposibilidad legal de efectuar el informe oral porque no se habían actuado aún los medios probatorios que él había ofrecido en su defensa, sin que el Fiscal atiende dicho pedido. Ello desnaturaliza la finalidad del acto procesal en referencia desde que el informe oral de los abogados ante el magistrado decisor tiene que producirse necesariamente al término de la actividad probatoria, y no antes, ya que se trata de exposiciones finales de defensa cuando el estado de la causa es precisamente el de decisión terminal.

c. Asimismo, la resolución expresa que el Ministerio Público emitió, no contiene pronunciamiento alguno sobre la procedencia o improcedencia de algunos de los descargos, los que servirían para formar un criterio razonable al momento de adoptar la decisión.

d. La investigación fiscal preliminar se ha desarrollado con un desorden que niega la adecuada organización, ya que no existe una resolución que abra dicho proceso de investigación y las pruebas han sido acumuladas de manera irracional y no sistematizada, lo que, a no dudarlo, afecta el derecho del denunciado al debido proceso legal.

Con fecha 19 de julio de 2005, la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima que revocando la apelada, declara infundada la demanda, por los siguientes fundamentos:

a. La denuncia fiscal, porque en ella se llega a establecer la relación laboral indirecta entre el recurrente y el doctor Lastres Berninzon, en la Compañía Minera Poderosa S.A., que contrató los servicios del Estudio Jurídico *Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados*, del cual el doctor Cantuarias Salaverry es socio.

b. El hecho de haberse notificado al denunciado a efectos de que asista a la toma de su declaración indagatoria y el apersonamiento de su abogado al proceso, desvirtúan la indefensión acotada.

c. La denuncia es una prerrogativa que la Constitución y la Ley Orgánica le confiere al Fiscal Provincial en lo Penal para plantearla ante el órgano jurisdiccional, o denegarla, y al no encontrarse regulado un procedimiento especial como para llegar a determinar que ha existido la vulneración del debido proceso, en el presente caso, al existir participación del favorecido en la etapa prejudicial, tanto a través de su abogado defensor como directamente, no se ha producido la vulneración de los derechos constitucionales alegados.

FUNDAMENTOS

8. Llegados a este punto, cabe preguntarse si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de esta jurisdicción de carácter privado.

Al respecto, conforme lo ha establecido este Colegiado “(...) el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber:

- a) Conflicto entre las partes.
- b) Interés social en la composición del conflicto.
- c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.
- d) Aplicación de la ley o integración del derecho”².

Qué duda cabe, que *prima facie* la confluencia de estos cuatro requisitos definen la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia, y en tal medida, resulta de aplicación en sede arbitral el artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional por el cual los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

11. Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del *orden público constitucional*.

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución.

De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado.

Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.

² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Exp. N° 0023-2003-AI/TC. *Caso Jurisdicción Militar*. (Fundamento 13)

12. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139º de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida autoridades administrativas y/o judiciales– destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.

13. Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la “kompetenz-kompetenz” previsto en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje –Ley N° 26572–, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44º del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional.

14. Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5º, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo.

17. Entonces, el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales antes señalados.

En el caso del convenio arbitral, si bien se gesta a partir del sentido privatista de las relaciones contractuales, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean exclusiva y excluyentemente de Derecho Privado. Interpretarlo de este modo implicaría soslayar su naturaleza constitucional, sujeta a los principios y deberes primordiales de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139° de la Constitución; los mismos que deberán extenderse razonablemente a la jurisdicción arbitral.

Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución, no puede discutirse la facultad de controlarla por razones del *orden público constitucional*, máxime si la propia jurisdicción arbitral integra éste. Esto supone que en un Estado constitucional, el poder se desagrega en múltiples centros de decisión equilibrados entre sí por un sistema de control de pesos y contrapesos, como postula el artículo 43° de la Constitución. Esto hace que el poder público, pero también el privado, estén sometidos al Derecho.

18. En este contexto el control constitucional jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve *a posteriori* cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

EXP. 4972-2006-PA/TC
LA LIBERTAD

CORPORACIÓN MEIER S.A.C. Y PERSOLAR S.A.C.

CASO

Con fecha 3 de Febrero del 2005, las recurrentes, debidamente representadas por don Fernando Donet Valle, interponen demanda de amparo contra Aristocrat Technologies INC y Aristocrat International PTY Limited, solicitando que se determine la incompatibilidad constitucional por el uso abusivo del derecho y se declaren inaplicables: **a)** la Cláusula 20.3 del Contrato de Otorgamiento de Licencia, Prestación de Servicios y Transferencia de *Know-How*; **b)** La Cláusula 18.3 del Contrato de Transferencia de Equipos, y **c)** La Cláusula 19 del Contrato de Compraventa de Máquinas Tragamonedas. Arguyen que en los tres casos descritos se les pretende someter compulsivamente a un arbitraje de derecho, vulnerando de este modo sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a contratar con fines lícitos, a la contratación válida según las normas vigentes, a la proscripción del abuso del derecho, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Manifiestan las recurrentes que en los meses de Noviembre y Diciembre del 2001 y

posteriormente en Enero del 2002 suscribieron con las demandadas tres contratos de compraventa de máquinas tragamonedas y *kits* de conversión, con el compromiso, por parte de las demandadas, de sufragar los costos de importación y nacionalización de las máquinas en el país; que posteriormente y durante el desarrollo de la relación contractual surgieron una serie de incumplimientos por parte de las demandadas que motivaron la celebración de tres nuevos contratos, los cuales constan en tres escrituras públicas celebradas con fecha 17 de Noviembre del 2003 (Kárdex N^{os} 101987, 101988 y 101986, respectivamente). Aducen que los referidos contratos son de prestaciones recíprocas, encontrándose estrechamente vinculados entre sí, pues tanto la compraventa de las máquinas tragamonedas como el software necesario para su funcionamiento y actualización traerían consigo un nivel constante de ingresos a las empresas, en la medida en que la producción de cada máquina depende de su actualización a través de los *kits* de conversión adquiridos a las demandadas. Sostienen asimismo que las partes contratantes convinieron en que las obligaciones contraídas serían ejecutadas directamente o a través de las empresas afiliadas a cada grupo empresarial, en cuyo caso el cumplimiento y exigibilidad de las mismas estarían a cargo de aquellas. Refieren también que *a posteriori* de tales compromisos las demandadas incumplieron las obligaciones estipuladas en el contrato de software, el contrato de equipos y el contrato de opción, situación que obligó a interponer una medida cautelar fuera de proceso, en la que se ha ordenado la suspensión de parte de sus obligaciones de pago, con lo que queda acreditado que tales contratos no son bajo ningún punto de vista incuestionables. En el contexto descrito y en cuanto a los contratos mismos, alegan las recurrentes que estos se encuentran plagados de cláusulas abusivas y desproporcionadas, lesivas del principio de igualdad y, lo más delicado, pretenden obligarlas a aceptar que sus reclamos frente a los mismos solo pueden realizarse a través de la vía arbitral, a la cual han tenido que recurrir, sin que ello represente garantía alguna para sus derechos.

Las empresas emplazadas se apersonan en el proceso deduciendo las excepciones de incompetencia y de prescripción extintiva. Por otra parte, y en cuanto al fondo, contestan la demanda negándola y contradiciéndola fundamentalmente por considerar que, aunque es cierto que los demandantes obtuvieron una medida cautelar en su favor, ella no tiene carácter definitivo pues conforme lo establece la resolución que la sustenta, la misma solo podrá durar hasta el pronunciamiento definitivo que habrá de emitirse en el proceso arbitral, el que, sin embargo, ahora se pretende detener a través de la demanda constitucional planteada. Precisan asimismo que si los demandantes consideraban que los contratos que suscribieron resultaban lesivos a sus derechos fundamentales, debieron interponer inmediatamente el proceso constitucional y no esperar a que surgiera una controversia que iba a ser dilucidada ante la jurisdicción arbitral, para recién acudir al proceso constitucional. Puntualizan, finalmente, que los aspectos que los demandantes pretenden cuestionar (aspectos de naturaleza comercial y civil) no forman parte del contenido constitucionalmente protegido de los derechos reclamados, pudiendo en todo caso discutirse a través de los procesos ordinarios y no a través del amparo, que tiene carácter residual.

Con fecha 18 de abril de 2005, el Segundo Juzgado Especializado Civil de Trujillo, declara infundadas las excepciones propuestas y fundada la demanda de amparo, considerando que si bien los contratos suscritos por las partes contienen una serie de obligaciones y contraprestaciones de índole civil y comercial, el conjunto de dichas

relaciones no deben exceder los estándares mínimos que garantizan las normas vigentes. Por otra parte, argumenta que el reconocimiento constitucional de la instancia arbitral no significa que dicho fuero haya recibido competencias exclusivas y excluyentes, poderes extraterritoriales y competencias irrevisables por el Poder Judicial, habiéndose acreditado que en el presente caso existe una evidente situación de abuso del derecho por parte de las demandadas.

Con fecha 31 de enero del 2005, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, señalando que para acreditar el carácter compulsivo de los contratos suscritos se requeriría una estación probatoria adecuada, lo que no es posible mediante el ejercicio de los procesos constitucionales.

FUNDAMENTOS

16. Este Colegiado considera pertinente reiterar que aunque resulta perfectamente legítimo acudir al proceso constitucional a efectos de cuestionar el carácter lesivo de los actos expedidos por la jurisdicción arbitral, tal cual se puso de manifiesto, entre otros, en el fundamento 23 de la sentencia recaída en el Exp. 6167-2005-PHC/TC (Caso Fernando Cantuarias Salaverry), ello solo es posible cuando allí se obre de modo arbitrario, y por demás inconstitucional. Así también, el control constitucional sólo procederá a posteriori.

17. En el contexto descrito y en la lógica de concretizar de un modo más aproximativo los supuestos en que se habilitaría el control constitucional sobre la jurisdicción arbitral, este Tribunal estima oportuno enfatizar que, desde un punto de vista casuístico, serían entre otras tres las situaciones o hipótesis principales en las que podría configurarse la citada variable fiscalizadora: **a)** Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.). Esta causal sólo puede ser incocada una vez que se haya agotado la vía previa; **b)** Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización), como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben; **c)** Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, esta verse sobre materias absolutamente indisponibles (derechos fundamentales, temas penales, etc.).

18. En lo que respecta a la primera hipótesis, este Colegiado no tiene sino que reiterar los criterios de control constitucional que suelen invocarse en el caso de procesos constitucionales contra resoluciones judiciales. Lo dicho, en otras palabras, quiere significar que así como ocurre respecto de otras variables jurisdiccionales, y principalmente de la judicial, en el caso del supuesto examinado, la jurisdicción arbitral podrá ser enjuiciada constitucionalmente cuando vulnere o amenace cualquiera de los componentes de la tutela jurisdiccional efectiva (derecho de acceso a la jurisdicción o eficacia de lo decidido) o aquellos otros que integran el debido proceso; sea en su dimensión formal o procedimental (jurisdicción predeterminada, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, etc.); sea en su dimensión sustantiva o material (estándares de razonabilidad y proporcionalidad), elementos todos estos a los que, por lo demás y como bien se sabe,

el Código Procesal Constitucional se refiere bajo la aproximación conceptual de tutela procesal efectiva (Artículo 4).

19. En lo que respecta a la segunda hipótesis enunciada, queda claro que la naturaleza de la jurisdicción arbitral es en esencia facultativa para el caso de los particulares o sujetos privados. Desde dicha perspectiva, es evidente que toda situación en que se le pretenda articular con carácter obligatorio o sin consentimiento expreso de quienes suscriban un contrato, se constituirá en un fenómeno abiertamente inconstitucional, que habilitará con toda legitimidad el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Lo señalado, en otras palabras, lleva implícita la regla de que los particulares no pueden ser despojados de su derecho a que sus conflictos o controversias sean *prima facie* ventilados ante la jurisdicción ordinaria, de manera tal que solo será en situaciones excepcionales, nacidas de su propia voluntad, en que se habilitará el ejercicio de la jurisdicción arbitral.

20. Finalmente, y en lo que respecta a la tercera hipótesis de control, este Colegiado estima que, aun cuando la jurisdicción arbitral tenga su origen en el consentimiento de quienes participan de una relación contractual, ello de ninguna manera justificará el que hacia su estructura se reconduzcan asuntos por su propia naturaleza indisponibles por los propios sujetos participantes de dicha relación. Es eso precisamente lo que ocurre cuando se trata de derechos fundamentales que, como se sabe, no pueden ser objeto de negociación alguna ni siquiera en los casos en que exista la voluntad expresa de prescindir de los mismos o alterarlos en todo o parte de su contenido. Es eso también lo que sucede, por citar otros supuestos, con las materias penales o incluso con las materias tributarias en las que el Estado de ninguna manera puede renunciar a su capacidad de control y sanción.

**EXP. 6149-2006-PA y 6662-2006-PA/TC - LIMA
MINERA SULLIDEN SHAHUINDO S.A.C. Y COMPAÑÍA DE
EXPLORACIONES ALGAMARCA S.A.**

CASO

Con fecha 24 de enero de 2005, la Compañía Sulliden Shahuindo S.A.C. interpone demanda de amparo contra la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima con el objeto de que se deje sin efecto la resolución s/n, de fecha 14 de abril de 2005, y se reponga la eficacia de la resolución N.º 1, de fecha 9 de marzo de 2005, expedida por el Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Villa María del Triunfo,

La recurrente sostiene que con la resolución emitida por la Sala emplazada se violaron sus derechos al debido proceso, específicamente su derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley; a la defensa, a la motivación de resoluciones y el principio de la doble instancia. Puntualiza que se han lesionado dichos derechos fundamentales, puesto que: a) ordenó que una demanda contra una decisión dictada en el procedimiento arbitral, sea tramitada ante el Juez de Primera Instancia, y no ante la Sala Superior; b) se expidió la resolución cuestionada, sin que

se le notificara de la apelación, conforme a los artículos 47 y 58 del Código Procesal Constitucional. c) la resolución cuestionada carece de motivación lógica, razonada y suficiente; y d) la resolución cuestionada se pronunció sobre aspectos que no fueron materia de apelación.

Mediante escrito de fecha 9 de mayo de 2005, la Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. interpuso excepción de incompetencia, argumentando que en la medida que las resoluciones arbitrales son homologables a las resoluciones judiciales, (...) las primeras se encuentran sujetas a los mismos requisitos previstos para las segundas (...). En este sentido, tanto el artículo 4º como el 51º del Código Procesal Constitucional también serían de aplicación para el caso de las demandas de amparo contra las resoluciones arbitrales distintas al laudo. Dentro de esta línea de razonamiento, vuestro Despacho en opinión de nuestra parte no resulta competente para conocer de la presente demanda, sino la Sala Civil competente de la Corte Superior de Justicia de Lima.

El mismo argumento, sólo que esta vez como violación del derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, volvió a ser sugerido por la Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., en la demanda de amparo acumulada, en la que se solicita se deje sin efecto la resolución s/n, de fecha 14 de abril de 2005, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la cual se revocó el auto que declaró improcedente la demanda, y ordenó que el Juez Mixto del Módulo Básico de Justicia de Villa María del Triunfo admita la demanda de amparo interpuesta por la Compañía Minera Algamarca S.A. contra los miembros del Tribunal Arbitral Sulliden-Algamarca, así como contra la Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. A su juicio, (...) conforme al artículo 51 del Código Procesal Constitucional concordante con el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política, [la demanda] debió ser interpuesta y tramitada ante la Sala competente de la Corte Superior de Justicia de Lima.

En ese sentido, considera que: (...) no existe razón valedera para no aplicar el trámite previsto en dicha norma procesal constitucional a las resoluciones arbitrales, las cuales se expiden dentro del ejercicio de una función jurisdiccional por parte del órgano jurisdiccional arbitral. Para estos efectos, no puede escapar al recto criterio del juzgador que nuestra Constitución Política vigente en su artículo 139º inciso 3, expresamente reconoce la existencia de la jurisdicción arbitral.

Además, en forma contradictoria, en la Resolución s/n de fecha 14 de abril de 2005 materia de análisis se señala que la tramitación de impugnación de laudo arbitral se sigue ante la Corte Superior, para a continuación concluir que dicho trámite no incluye a las otras resoluciones arbitrales distintas del laudo (...).

En el escrito que contiene la expresión de agravios del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de fecha 7 de junio de 2005, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima –mediante la cual se declaró improcedente, *in limine*, su demanda–, Minera Sulliden Shahuindo S.A.C agregó que Siendo el arbitraje una institución que ejerce funciones jurisdiccionales, las decisiones que se toman al interior del proceso arbitral deben ser homologadas como resoluciones judiciales (...).

Si las decisiones tomadas al interior de un proceso arbitral, son efectuadas en mérito a la atribución constitucional de administrar justicia; debe concluirse que las decisiones arbitrales se deben homologar a las resoluciones judiciales.

En éste (sic) sentido debe interpretarse que el art. 4to. del Código Procesal Constitucional es aplicable también a las resoluciones dictadas por la jurisdicción arbitral. Las resoluciones dictadas en el proceso arbitral pueden resolver un incidente como poner fin al procedimiento. La jurisdicción arbitral ejerce su función durante todo el procedimiento, y no sólo cuando dicta el laudo que es la resolución que pone fin al procedimiento. La distinción entre el laudo y las demás resoluciones que se dictan al interior del procedimiento arbitral no tienen sustento legal ni tampoco lógico (...).

Los miembros del Tribunal Arbitral Sulliden-Algarca manifiestan que una resolución arbitral no es semejante a una resolución judicial, como se ha sugerido en la demanda presentada por la Compañía de Exploraciones Algarca S.A. Asimismo, refieren que

(...) la demandante de amparo ha interpuesto la demanda ante su despacho, señor Juez, y no ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia, órgano competente cuando se trata de procesos de amparo respecto de resoluciones arbitrales que, por la propia argumentación de la demandante, equivaldría a las resoluciones judiciales a las que se refiere el segundo párrafo del artículo 51º del Código Procesal Constitucional.

La Compañía de Exploraciones Algarca, en su escrito de fecha 17 de mayo de 2005, expresa que: La incuestionable competencia del honorable Primer Juzgado Mixto de Villa María del Triunfo es otro tema resuelto por el fallo de la respetable Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, y que los miembros del tribunal arbitral emplazado pretenden reponer a la discusión. El órgano jurisdiccional superior acogió la oposición que oportunamente planteé, a que sea interpretada exclusivamente la restricción al juez natural de amparo, contenida en el artículo 51 del Código Procesal Civil.

Los magistrados de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima no se han apersonado al proceso. Lo ha hecho, sin embargo, el Procurador Público adjunto de los asuntos judiciales del Poder Judicial.

Sin embargo, de la resolución de fecha 14 de abril de 2005, expedida por la demandada Cuarta Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, y que se cuestiona en la demanda de amparo acumulada, es posible inferirse el argumento que ésta tuvo para considerar que debía admitirse la demanda de amparo contra resoluciones emanadas de un procedimiento arbitral por el Juez Mixto del Módulo Básico de Justicia de Villa María del Triunfo. Éste, en esencia, es que el artículo 139º.1 de la Constitución no equipara al Poder Judicial con la jurisdicción arbitral, sino simplemente se limita a reconocerlo en el plano constitucional. En ese sentido, (...) si bien es cierto el artículo 51 del Código Procesal Constitucional, señala que si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpondrá ante la Sala Civil de Turno de la Corte Superior de Justicia, también lo es que el artículo 63 de la Ley General de Arbitraje indica que es competente para conocer de **la apelación del laudo** de derecho, la Sala Civil de la Corte Superior, por lo que, estando a que las resoluciones que se cuestionan son las emitidas en el

procedimiento arbitral mas no el laudo, no correspondería a la Sala Civil, conocer en primera y única instancia la presente causa, por lo que sería competente para su conocimiento y trámite el Juzgado Civil correspondiente (negritas en el original).

Con fecha 7 de junio de 2005, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró improcedente, *in limine*, la demanda, por considerar que lo que busca el recurrente es un nuevo pronunciamiento del órgano jurisdiccional dentro de un proceso llevado regularmente, y que, por ello, debe aplicarse el inciso 6) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional.

Dicha resolución, a su vez, fue confirmada por la resolución de fecha 16 de marzo de 2006, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sucintamente, el argumento para confirmar la resolución recurrida fue que no existe una violación del derecho a la tutela procesal efectiva y que lo que pretende en realidad la demandante es cuestionar

(...) la interpretación que ha dado la Sala Superior a las normas procesales relacionadas con la competencia, lo que no constituye materia del amparo en este proceso que no puede erigirse en una supra instancia revisora de decisiones firmes recaídas en otro, pues la circunstancia de que la recurrente difiera del criterio jurisdiccional del Colegiado emplazado no convierte en irregular el proceso constitucional que se cuestiona.

Con fecha 24 de enero de 2005, la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. interpone demanda de amparo contra los miembros del Tribunal Arbitral Sulliden-Algamarca, doctores Jorge Santistevan de Noriega, Fernando Cantuarias Salaverry y Víctor Ávila Cabrera ante el Juzgado Mixto de Villa María del Triunfo, con el objeto de que se dejen sin efecto las resoluciones N° 106, 108, 109, 110, 112, 114, 115, 116, 121, 124 y 125 expedidas por los emplazados, mediante las cuales se fijó el procedimiento y se resolvieron la recusación planteada en su contra así como los recursos de reposición presentados contra las referidas resoluciones arbitrales. Sostiene que los árbitros han realizado una interpretación constitucionalmente inaceptable del artículo 31º de la Ley General de Arbitraje, la misma que supone violación del derecho al debido proceso.

Sostiene que el 11 de noviembre de 2002 se suscribió un contrato de transferencia de propiedades mineras entre la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A, la Compañía Minera Algamarca S.A. y la Sociedad Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., en el cual se insertó un convenio arbitral.

Corre en los actuados que la recurrente, Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., cuestionó, *ab initio*, el procedimiento arbitral por considerar que el contrato de transferencia de propiedades mineras es nulo, ya que su representante al momento de suscribirlo, no contaba con el poder suficiente para celebrarlo; y, por ende, también el convenio arbitral inserto.

Iniciado el proceso arbitral, la recurrente promovió un incidente de recusación contra el doctor Fernando Cantuarias Salaverry, miembro del Tribunal Arbitral Sulliden-Algamarca sobre la base de los siguientes fundamentos:

a) Que como siempre rechazó la validez del convenio arbitral, Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. no tenía por qué nombrar al árbitro que por ley le correspondía.

- b) Que, ante este hecho, el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía designó como árbitro al señor Fernando Cantuarias Salaverri, a solicitud de la Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.
- c) Que el nombramiento del árbitro Cantuarias Salaverri se hizo con la participación del señor Enrique Lastres Berninzon, director del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía.
- d) Que el señor Enrique Lastres Berninzon, a su vez, ejerce la representación legal de la Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.
- e) Que en 1996, el señor Enrique Lastres Berninzon fue accionista y miembro del directorio de la Compañía Minera Poderosa S.A.
- f) Que en esta empresa también formaba parte del directorio el señor Fernando Cantuarias Alfaro, padre del árbitro recusado Fernando Cantuarias Salaverri.
- g) Que en 1996, la Compañía Minera Poderosa S.A sostuvo un proceso arbitral con la empresa Minero Pataza S.A.
- h) Que para este arbitraje, la Compañía Minera Poderosa S.A. contrató los servicios profesionales del señor Fernando Cantuarias Salaverri.

En opinión de la demandante, la concatenación de todos estos hechos constituye una clara vulneración del artículo 29º de la Ley General de Arbitraje, N° 26572, que establece que “La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación, y el árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas, bajo pena de responder por los daños y perjuicios que ocasionen por su omisión”.

Los árbitros Jorge Santistevan de Noriega y Víctor Ávila Cabrera declararon infundada la recusación deducida por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. por considerar, entre otras cosas:

- a) Que el árbitro Fernando Cantuarias Salaverri reconoció su participación como abogado defensor de la Compañía Minera Poderosa S.A. y que su actuación “se limitó a suscribir dos escritos en 1996 y nada más”.
- b) Que la relación entre el árbitro Cantuarias Salaverri con la empresa en la que el señor Lastres Berninzon fue director en fecha lejana (1996), era “puramente circunstancial”.
- c) Que como abogado de la Compañía Minera Poderosa S.A., el árbitro recusado “se limitó a solicitar la prórroga del plazo para contestar la demanda (mediante escrito del 5 de marzo de 1996) e impugnar la competencia de dicho Tribunal Arbitral (mediante escrito del 12 de marzo de mismo año), alegando a tal efecto, entre otras cosas, el desistimiento previo de la parte demandante en dicho proceso”.
- d) Que la vinculación entre el doctor Lastres Berninzon y el árbitro recusado se limitó a un lapso de 4 meses (de marzo a junio de 1996), período en el cual “elaboró consultas jurídicas sobre materia arbitral sin que ninguna de ellas tuviera relación con el doctor Lastres Berninzon, ni con las partes involucradas en el presente arbitraje, ni con el asunto materia de la presente controversia”.

e) Que el tiempo transcurrido entre los hechos que son materia de recusación (1996) y el presente arbitraje (2004) supone una notaria lejanía con relación a la actuación como árbitro del recusado, “sin que haya demostración o comprobación alguna de elemento adicional que permita razonablemente afirmar que pueda haber vinculación actual y sustantiva entre el representante legal de la demandante y el árbitro aludido”.

f) Que el nombramiento del árbitro recusado por parte del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, debe relativizarse, pues se trata de una decisión tomada por un órgano colegiado; y que no se ha probado que el recusado “haya sido contratado por el doctor Lastres, y que haya sido codefensor y supervisado por el doctor Lastres, teniendo en consideración que en dicho momento el árbitro recusado trabajaba en un estudio de abogados de propiedad de su padre en el cual la supervisión –de haberla- la tendría el socio a cargo del cliente, es decir el doctor Cantuarias Alfaro”.

g) Que la recusación no se ha efectuado en el tiempo inmediatamente después de conocida la causa y dentro del plazo probatorio, sin que al respecto la parte recusante haya ofrecido detalle o prueba sobre la referida inmediatez.

Frente a la resolución de los árbitros Jorge Santistevan de Noriega y Víctor Ávila Cabrera, que declara infundada la recusación contra el árbitro Fernando Cantuarias Salaverry, la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. interpuso una nueva recusación, pero esta vez contra el Tribunal Arbitral Sulliden-Algamarca en pleno. Ante esta situación, el propio Tribunal Arbitral, mediante resolución N° 98, de fecha 19 de enero de 2005, fijó el procedimiento para la resolución de la recusación planteada en su contra. El demandante cuestiona tal procedimiento, ya que según lo allí dispuesto, dos miembros del Tribunal habrían resuelto la recusación respecto de uno, sin considerar que la recusación ha sido planteada contra todos. Asimismo, alega que esta fórmula de desdoblamiento del Tribunal no garantiza la imparcialidad de la decisión resolutoria, violando el derecho al debido proceso.

Con fecha 9 de marzo de 2005, el Juzgado Mixto de Villa María del Triunfo declaró improcedente, *in limine*, la demanda, por considerar que se debió promover el proceso ante la Sala Civil de Turno de la Corte Superior de Justicia, conforme al artículo 51° del Código Procesal Constitucional. La recurrida, por su parte, declaró nula la apelada y ordenó que el *a quo* emita nueva resolución.

Con fecha 27 de abril de 2005, el mismo Juzgado Mixto de Villa María del Triunfo admitió a trámite la demanda y, mediante resolución N° 27 de fecha 10 de agosto de 2005, declaró infundadas las excepciones de incompetencia, prescripción extintiva y de falta de legitimidad para obrar del demandante propuestas por la demandada, e infundado el amparo.

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha del 27 de abril de 2006, revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda, por considerar, esencialmente, que de conformidad con el precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional en la STC 6167-2005-PHC/TC, el cuestionamiento de una resolución expedida por un tribunal arbitral sólo puede realizarse cuando se ha resuelto el fondo del asunto sometido a su competencia.

FUNDAMENTOS

§1.2 Competencia judicial en el amparo arbitral (¿Juez Civil o Sala Civil de la Corte Superior?)

2. El Tribunal observa que, en el proceso acumulado, la Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. interpuso su demanda de amparo contra la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente 6149-2006-PA/TC), por considerar, entre otras cosas, que se habría lesionado su derecho a no ser desviada del juez predeterminado por la ley. Dicha violación se habría producido, a su juicio, porque el órgano jurisdiccional emplazado ordenó que una demanda de amparo contra resoluciones emanadas de un procedimiento arbitral sea admitida por el Juez de Primera Instancia, y no se siga su trámite ante la Corte Superior de Justicia de Lima. De otro lado, en el proceso signado con el N° 6662-2006-PA/TC, la Compañía Sulliden Shahuindo S.A.C. también se ha sustentado en la misma argumentación, concluyendo en una denuncia relativa al incumplimiento de un presupuesto procesal del presente amparo arbitral, a saber, el régimen de la competencia judicial para las resoluciones emanadas en un proceso arbitral.

3. Ciertamente, un petitorio de esa naturaleza tiene la condición de una pretensión principal. Y, como tal, debería ser objeto de un pronunciamiento sobre el fondo. Sin embargo, el Tribunal considera que su dilucidación corresponde a la etapa de verificación de los presupuestos procesales del amparo arbitral, teniendo en cuenta el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la jurisdicción predeterminada por ley y la doctrina jurisprudencial al respecto.

4. En la doctrina jurisprudencial de este Tribunal se tiene expresado que no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la jurisdicción predeterminada por ley los problemas vinculados con la determinación de la competencia territorial, cuantía, turno, grado, etc., de un juez.

Así, por ejemplo, en la Resolución 5397-2005-PA/TC, este Tribunal declaró que

(...) mediante el derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley se garantiza que el juzgamiento de una persona o la resolución de una controversia determinada, cualquiera sea la materia, no sea realizada por "órganos jurisdiccionales de excepción" o por "comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación", sino por "un juez o un órgano que ejerza potestad jurisdiccional", cuya competencia haya sido previamente determinada por la ley; es decir, que el caso judicial sea resuelto por un juez cuya competencia necesariamente deba haberse establecido en virtud de una ley con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose de ese modo que nadie sea juzgado por un juez ex post facto o por un juez ad hoc (Cf. STC 1076-2003-HC/TC, 0290-2002-HC/TC; 1013-2003-HC/TC, entre otras)¹⁹.

Posteriormente, se expresó:

4. Que dentro del contenido esencial del derecho el juez natural constitucionalmente protegido por el amparo, ciertamente no se encuentra la determinación de la competencia territorial de un juez o en general los conflictos de competencia jurisdiccional en razón de cualesquiera de los criterios legalmente contemplados por

¹⁹ RTC 5397-2005-PA/TC, Fundamento Jurídico N°. 3°.

el ordenamiento procesal (cuantía, turno, grado, etc). Ello es así por cuanto el derecho constitucional que se alega no es el derecho al juez "determinado", sino como se expresa en el referido inciso 3), del artículo 139º de la Constitución, al juez "predeterminado" es decir, aquel señalado en la ley. Por ello, el sufijo "pre" –de evidente connotación temporal– tiene la propiedad de modular los alcances, la finalidad y el interés que mediante este derecho se persigue proteger. De modo que la dilucidación de la competencia de un juez en función del domicilio del demandado o por el lugar donde se encuentra el bien en controversia, (...) al no formar parte del contenido esencial constitucionalmente garantizado, es una atribución que le corresponde determinar a la jurisdicción ordinaria, sin posibilidad de que ésta se pueda cuestionar en sede de la justicia constitucional de la libertad²⁰.

5. Sobre el particular, el Tribunal observa que el artículo 51º del Código Procesal Constitucional establece que:

“Son competentes para conocer del proceso de amparo, a elección del demandante, el Juez civil del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio el afectado, o donde domicilia el autor de la infracción.

Si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpondrá ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, la que designará a uno de sus miembros, el cual verificará los hechos referidos al presunto agravio.

La Sala Civil resolverá en un plazo que no excederá de cinco días desde la interposición de la demanda”

6. El Tribunal reitera, asimismo, que en su jurisprudencia sobre el artículo 51º del Código Procesal Constitucional y, antes, sobre el artículo 29º de la Ley N° 23506 –que también establecía un régimen semejante–, siempre se ha considerado que el régimen de competencia previsto en el segundo párrafo del Código acotado es exclusivo del amparo contra resoluciones judiciales, y que éste no se extiende, por analogía, a ningún otro acto reclamado, incluso si éste último es expedido en procedimientos de naturaleza jurisdiccional (como el amparo electoral) o en otros de naturaleza análoga (como es el caso de los actos dictados por tribunales administrativos o arbitrales).

Así, por ejemplo, en materia de amparo contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, este Tribunal ha considerado la validez de la relación jurídico procesal iniciada ante el Juez de Primera Instancia de la estructura orgánica del Poder Judicial, dando por sobreentendido que la competencia diferenciada prevista por los antes referidos preceptos legales, sólo son aplicables cuando se cuestionan resoluciones emanadas en un proceso seguido ante el Poder Judicial [Cf., por último, la STC 2730-2006-PA/TC].

7. No ha sido ajena a este Tribunal la preocupación por la inexistencia de reglas *ad hoc* de competencia judicial, por ejemplo, en materia de amparo electoral, dados los riesgos que podrían generarse en determinados supuestos para la continuidad del

20 RTC 5397-2005-PA/TC, Fundamento Jurídico N°. 4º.

proceso electoral y para los principios constitucionales que con él se encuentran involucrados²¹.

No obstante, y aun con todos los riesgos que entonces se advirtieron en el caso del amparo electoral, la jurisprudencia del Tribunal es unánime en considerar que las reglas de competencia establecidas para el amparo contra resoluciones judiciales no son aplicables al caso del amparo electoral.

8. Del mismo criterio ha sido este Tribunal cuando ha tenido que evaluar la impugnación de resoluciones arbitrales a través del proceso de amparo. A tal efecto, el Tribunal recuerda que en la STC 1567-2006-PA/TC, en la que eran partes los mismos sujetos procesales que ahora intervienen en el proceso acumulado, si bien se declaró improcedente la demanda, el criterio que esencialmente sirvió para ello fue que no se habían interpuesto los medios impugnatorios que la Ley General del Arbitraje prevé para el cuestionamiento de los actos considerados como lesivos; y no el tema de la competencia judicial en el conocimiento del amparo contra resoluciones emanadas de un procedimiento arbitral [Cf. también la RTC 0928-2001-AA/TC; STC 1418-2002-AA/TC, etc.].

9. El Tribunal recuerda, en ese sentido, que la razón de no haber considerado las reglas de competencia judicial para el caso del amparo contra resoluciones judiciales como aplicables para el caso del amparo arbitral, o, a su turno, para el caso del amparo electoral, se fundan en el hecho de que su determinación está sujeta al principio de legalidad. En efecto, la competencia de un tribunal de justicia por razón de la materia debe encontrarse fijada en la ley. Por tanto, ante la inexistencia de una norma legal que fije las reglas de competencia judicial del amparo arbitral, el Tribunal Constitucional no podrá exigir que el justiciable haya interpuesto su demanda de amparo ante un órgano jurisdiccional que no ha sido declarado, *prima facie*, como competente para conocer de un determinado asunto.

10. Igualmente, el Tribunal advierte que el criterio al que se acaba de hacer mención no es aplicable en aquellos casos en los que el agravio se produce por efecto de un laudo arbitral, puesto que una vez que éste se cuestione mediante los medios impugnatorios previstos en la Ley General del Arbitraje, su resolución corresponde al Juez. Y si "(...) bien el recurso de anulación establecido en el artículo 61º de la Ley General de Arbitraje N° 26572 [como también el recurso de apelación, si ese fuera el caso] no constituye, *stricto sensu*, un nuevo proceso judicial, sino parte integrante y residual del proceso arbitral seguido inicialmente ante el Tribunal Arbitral de Derecho (...)”²², también lo es que, en supuestos de esa naturaleza, el amparo no sólo persigue cuestionar el laudo arbitral, sino también la decisión judicial que lo legitima, bajo los alcances del principio de definitividad, ínsito a la exigencia de contarse con una resolución judicial firme, en los términos del artículo 4º del Código Procesal Constitucional, como antes se ha advertido.

²¹ STC 5854-2005-PA/TC, Fundamento Jurídico N° 39

²² RTC 0928-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico N° 3.

§2.1.1 Consideraciones del Tribunal Constitucional con relación al derecho al juez imparcial en un proceso arbitral

60. Dicho esto, inmediatamente el Tribunal ha de advertir que el contenido constitucionalmente declarado del derecho al juez imparcial no tiene alcances similares en el ámbito de un proceso judicial y en el seno de un procedimiento arbitral. Con independencia de otras consideraciones, que no es el caso que aquí se tengan que detallar, ello es consecuencia de la forma como la ley y los convenios arbitrales consienten que se integre un tribunal arbitral colegiado.

61. En particular, tal circunstancia ha de tomarse en consideración cada vez que por acuerdo de las partes o por mandato de la ley, cada una de ellas tenga la facultad de nombrar a un árbitro, y estos, a su vez, a un tercero. En un supuesto de esa naturaleza, más allá del hecho de que "Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad (...)"⁴⁰, y del hecho que, de conformidad con el artículo 29 de la Ley General del Arbitraje,

"La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación (...)",

lo cierto del caso es que una de las partes no podrá considerar violado su derecho al juez imparcial por el hecho de que su contraparte efectúe el nombramiento de uno de los árbitros, y viceversa. Bajo la teoría de la apariencia, ha de exigirse que el tercer árbitro nombrado se encuentre en una relación lo razonablemente equidistante de ambas partes, de manera que el arbitraje cumpla mínimamente con las exigencias derivadas del derecho a un juez arbitral imparcial.

62. Las garantías que se derivan del derecho a ser juzgado por un juez arbitral imparcial, por el contrario, son plenamente aplicables, incluso bajo la teoría de la apariencia, cuando el nombramiento de los miembros (alguno o algunos) del tribunal arbitral la efectúa una institución ajena a las partes del convenio que permite su constitución.

63. En ese sentido, el Tribunal toma nota que de conformidad con el artículo 31° de la Ley General de Arbitraje N° 26572, existen dos supuestos de hecho para la resolución de recusaciones planteadas contra los árbitros. En relación con el tribunal *unipersonal*, una vez planteada la recusación, el juez ordinario [o la institución organizadora del arbitraje] tendrá a su cargo la resolución de la misma. Mientras que, cuando se trata de un tribunal *colegiado*, donde uno de sus miembros haya sido recusado, quien resuelve la recusación es el Tribunal Arbitral, por mayoría absoluta, y sin el voto del recusado.

64. El Tribunal aprecia que, en cualquiera de los dos casos, el árbitro recusado no puede resolver directamente su recusación, sino un tercero. Si se trata de un arbitraje unipersonal, quien resuelve es el Juez o la institución organizadora del arbitraje. Si se trata de un tribunal arbitral colegiado, lo resuelve el tribunal "sin el voto del recusado" (artículo 31 de la Ley General del Arbitraje)

65. El Tribunal toma nota de que, al preverse un sistema de solución de recusaciones del arbitraje en la forma contemplada en el artículo 31 de la Ley General del

⁴⁰ Artículo 18 de la Ley General del Arbitraje.

Arbitraje, el legislador ha tomado en consideración el efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre el ordenamiento arbitral y, en particular, el efecto vinculante del contenido constitucionalmente garantizado del derecho a un tribunal arbitral imparcial.

§ 3 La laguna ante la recusación de todos los miembros de un Tribunal Arbitral, su integración y su aplicación al caso concreto (expediente originalmente numerado 6662-2006-PA/TC)

66. Además de los supuestos que se subsumen en la norma y de los que el legislador ha dispuesto al regular la recusación en el arbitraje, este Colegiado observa, precisamente a raíz del presente caso, que existe un tercer supuesto no contemplado por la Ley General del Arbitraje: el referido a la recusación planteada contra todos los miembros del Tribunal Arbitral.

67. La posibilidad de que se pueda cuestionar la imparcialidad de todos los miembros de un Tribunal Arbitral, aunque en abstracto pueda tratarse de un supuesto muy excepcional [vista la forma de conformación de un tribunal arbitral colegiado], sin embargo, no es inverosímil.

71. Con independencia de los motivos que pudiesen existir para formular una recusación tan grave como la dirigida contra todos los miembros de un Tribunal Arbitral pluripersonal, los problemas de orden estrictamente constitucional se encuentran relacionados con el procedimiento que se pueda aplicar para resolver una solicitud con un contenido semejante, desde diversas perspectivas:

72. Por un lado, con las exigencias de imparcialidad que se debe observar para resolver una recusación donde se acusa a sus miembros, precisamente, de no contar u ofrecer razonablemente dicha imparcialidad.

73. La inexistencia de una regla pertinente en el artículo 31 de la Ley General del Arbitraje para afrontar problema de dicha magnitud, no puede entenderse como una derogación del contenido constitucionalmente declarado del derecho a un tribunal arbitral imparcial. Este Tribunal, en la STC 0976-2001-AA/TC, ha recordado que los derechos fundamentales no valen en el ámbito que los desarrolle la ley, sino que las leyes valen en el ámbito de los derechos fundamentales.

74. El Tribunal aprecia, en consecuencia, una laguna normativa que debe cubrir a través de la jurisprudencia, en todo caso hasta que no se emita una norma legal que contemple el supuesto aludido; ello se impone, además, como necesario, pues el ordenamiento jurídico tiene y debe tener la capacidad de dar respuesta a todas las controversias intersubjetivas, aun cuando estas no cuenten con una regulación normativa expresa. Al respecto, el inciso 8 del artículo 138° de la Constitución Política del Perú faculta al Juez para cubrir los “vacíos o deficiencias” en los que incurra la ley, pues se encuentra frente al imperativo de administrar justicia. Con ello se garantiza la plenitud del ordenamiento jurídico que cuenta, entre otras fuentes, con la jurisprudencia para que pueda convertirse en hermético y completo.

75. En el caso concreto, para cubrir la laguna este Colegiado recurrirá a la técnica de la integración, acudiendo específicamente a la regla de la complementariedad, que es aplicable cuando un hecho se encuentra regido parcialmente por una norma que requiere completarse con otra para cubrir o llenar la regulación de manera integral.

76. La técnica de la integración es viable cuando se ha descartado la interpretación como un mecanismo de adecuación de supuestos de hecho a una norma específica. Tocará al juez, entonces, la tarea de cubrir la laguna normativa, para lo cual recurrirá por un lado a otras normas del ordenamiento jurídico, a la jurisprudencia e incluso a la doctrina, aplicando los métodos de heterointegración y de autointegración, cuando fuese posible cubrir la laguna con la misma norma en cuyo contenido específico ella se encuentra.

77. Aprecia el Tribunal Constitucional que son dos las fuentes que permiten cubrir la laguna normativa no contemplada en el artículo 31º de la Ley General de Arbitraje respecto del cual gira el presente proceso: la jurisprudencia emitida por este mismo Colegiado expuesta en las sentencias recaídas en los expedientes 06167-2005.PHC/TC, 01567-2006-PA/C y el inciso 2) del artículo 73º de la Ley General de Arbitraje.

78. Respecto de la jurisprudencia referida, este Tribunal ha considerado que el principio de la “competencia de la competencia” encuentra su postulación normativa, aplicable al presente caso, en el artículo 44º de [la Ley General de Arbitraje] (...) que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, y se resalta que la instauración de dicho principio permite evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, sin que lo dicho implique la generación de una zona exenta de control constitucional, pues será posible cuestionar la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva y por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, emitidos por este Colegiado, en atención a los artículos VI, in fine, y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente⁴¹

79. Por otro lado, este Colegiado aprecia que

Tratándose de materias de carácter disponible, los árbitros se encuentran facultados para conocer y resolver las controversias cuya resolución les ha sido encomendada, y para rechazar ilegítimas interferencias que pudieran darse. Sin perjuicio de ello, existe la posibilidad de que se emitan laudos arbitrales en procesos que resulte lesivos del derecho a la tutela procesal efectiva de alguna de las partes, en cuyo caso, quien se considere afectado en su derecho podrá interponer un proceso constitucional, siempre que, de manera previa a la interposición de dicho proceso, el presunto agraviado haya agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje –Ley 26572 – prevé para impugnar el laudo arbitral que dice afectarlo

Este requisito de procedibilidad se sustenta en el artículo 5º, inciso 4) del Código Procesal Constitucional, que señala: "No proceden los procesos constitucionales cuando: 4) No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos en este Código y en el proceso de hábeas corpus". En el caso particular del proceso de amparo, se sustenta, además, en el artículo 45º del citado Código, que dispone: "El amparo sólo

⁴¹ Fundamento Jurídico N.º 13 de la STC 6167-2005-PHC/TC y Fundamento jurídico N.º 28 de la STC 1567-2006-PA/TC

procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo". Ambos artículos refieren en su texto el concepto "vía previa", que debe entenderse como un requisito de procedencia consistente en agotar los recursos jerárquicos con que cuenta el presunto agraviado antes de recurrir a la vía del proceso constitucional; y que resulta exigible a efectos de obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia constitucional⁴².

80. Siguiendo el hilo de lo expuesto, el Tribunal considera razonable que a través del recurso de anulación previsto en el artículo 61 de la Ley General de Arbitraje se haya establecido una vía previa cuyo agotamiento se exige como requisito de procedibilidad del proceso de amparo, pues esta exigencia se funda en la independencia jurisdiccional con que cuenta el arbitraje y en la efectiva posibilidad de que, ante la existencia de un acto infractor, este sea cuestionado y corregido de conformidad con los principios y garantías jurisdiccionales consagrados en el artículo 139° de la Constitución; desarrollados para tal efecto por la Ley General de Arbitraje⁴³.

81. Visto lo reseñado, el Tribunal Constitucional ha considerado como exigible para la procedencia del amparo constitucional, en los casos precisados, tanto la existencia de un laudo arbitral como el agotamiento de los recursos (recursos de apelación o anulación) que provee la Ley General de Arbitraje.

82. Por otro lado, la propia normativa contenida en la Ley General de Arbitraje permite cubrir la laguna complementándose con la jurisprudencia antes citada. En efecto, el recurso de anulación del laudo regulado a través del artículo 61° de la Ley General de Arbitraje tiene como objeto la revisión de su validez, lo que ha de franquear, si se cumplen los requisitos de admisión, un pronunciamiento de la sede judicial ordinaria respecto de la nulidad o validez del laudo, sin que ello suponga un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia laudada. Asimismo, el mismo artículo establece que procede la interposición del recurso de anulación por las causales taxativamente establecidas en el artículo 73° de la misma ley.

83. El inciso 2) del artículo 73° de la Ley General de Arbitraje establece que el laudo arbitral podrá ser anulado si

“(…) no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente”[el subrayado es nuestro].

84. Se recuerda además, como ya se expuso en la presente sentencia, que este Colegiado ha establecido en numerosa jurisprudencia que el derecho al debido proceso debe ser observado en todos los procesos o procedimientos en los que se diluciden los derechos e intereses de las personas, sean estas naturales o jurídicas y que involucren a los órganos públicos o privados que ejerzan funciones formal o materialmente jurisdiccionales.

⁴² STC 01567-2006-PA/TC Fundamentos Jurídicos Nos 15 y 16

⁴³ STC 01567-2006-PA/TC Fundamentos Jurídicos N° 19

85. Es el caso que el derecho al juez imparcial asegura que las controversias sometidas a dilucidación sean decididas por una entidad que mantenga una posición objetiva al momento de resolver, para garantizar la igualdad de las partes, la efectividad en la defensa y la independencia del juzgador, especialmente en aquellos supuestos en los que la controversia sometida a juicio sea resuelta forma definitiva, bajo la exigencia de que la decisión esté fundamentada conforme a derecho.

86. En este sentido, advirtiéndose que lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 73° de la Ley General de Arbitraje regula sólo algunos supuestos en los que se ve involucrada la constatación de la vulneración del derecho a la defensa, y atendiendo a que este derecho tiene una estrecha relación con el del juez imparcial, esta disposición debe ser aplicada para cubrir la laguna en el caso en que se recuse a todos los integrantes del Tribunal Arbitral.

EXP. 4195-2006-AA/TC - LIMA
PROIME CONTRATISTAS GENERALES S.A.

CASO

Con fecha 06 de febrero de 2004 la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra el Laudo Arbitral de Derecho de 22 de diciembre de 2003, emplazando con la demanda a los miembros del Tribunal Arbitral del Colegio de Ingenieros del Perú. Alega que dicha resolución, al no tomar en cuenta los hechos y las normas aplicables al caso, ni las interpretaciones “jurisprudenciales” anteriores, resulta inmotivada y, por tanto, violatoria de su derecho al debido proceso; y que el laudo sería incongruente por cuanto no se pronuncia expresamente respecto a sus pretensiones, toda vez que las declara “improcedentes”, expresión que sólo es aplicable cuando no concurre alguna de los presupuestos de fondo para la validez de la relación procesal. En consecuencia, solicita que se declare la ineficacia del Laudo.

Con fecha 11 de febrero de 2004, la demanda de amparo es declarada improcedente por el juez del Sexagésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, quien fundamenta su decisión, principalmente, en los siguientes argumentos:

- a) “Que, estando a lo expuesto por el accionante, se tiene que no se le ha vulnerado en la actualidad derecho constitucional alguno, por cuanto las leyes, decretos, resoluciones judiciales o arbitrales y demás normas de rango constitucional se dictan en forma general y por lo tanto su aplicación es en ese ámbito, sin hacer discriminación alguna y son de cumplimiento obligatorio” (fundamento quinto); y,
- b) Que, contra dicho Laudo no cabe recurso alguno, por cuanto no ha sido pactado por las partes, ni está previsto en el reglamento arbitral.

Con fecha 19 de julio de 2005, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirma la apelada pero sustentando su fallo en dos argumentos distintos a los utilizados por el juez de la primera instancia, a saber:

- a) “Que, si bien la falta de motivación al expedir una resolución y la observancia del debido proceso, así como la tutela jurisdiccional efectiva, se encuentran considerados

como una afectación al derecho que consagra nuestra Carta Magna, sin embargo, lo que la empresa demandante pretende, es cuestionar la validez de fondo del Laudo Arbitral dictado (...)” (fundamento tercero); y, b) Que, dado el carácter residual del amparo, la vía correspondiente sería el recurso de anulación del laudo, previsto en la Ley General de Arbitraje.

FUNDAMENTOS

2. Antes de avanzar en la respuesta puntual a la pretensión planteada, este Tribunal considera pertinente dejar sentada su discrepancia con lo expuesto por el órgano que decidió el presente caso en primera instancia, puesto que el hecho de que el laudo sea, *prima facie*, inimpugnable, no lo convierte en incontrolable en vía del proceso de amparo. En este sentido, conviene recordar que el debido proceso compromete normas de orden público constitucional, por lo que su defensa y control son irrenunciables, no sólo en el ámbito de los procesos judiciales, sino también en todo tipo de decisiones donde el Estado haya reconocido actuaciones materialmente jurisdiccionales, como es el caso del arbitraje (Exp. N° 6167-2005-HC, fundamentos 17 y 18).

Respecto a los argumentos de la recurrida, este Colegiado, si bien comparte el criterio conforme al cual el proceso de anulación de laudo arbitral constituye, en principio, una vía previa al amparo (Exp. N° 6167-2005-HC, fundamento 14 *in fine*); no considera que ello signifique prescindir de atender el hecho de que, conforme al artículo 73° de la Ley General de Arbitraje, sólo se puede impugnar un laudo en base a una lista cerrada de causales. En tal sentido, este Colegiado estima que una afectación que no esté contemplada como causal de anulación de laudo, y que, sin embargo, compromete seriamente algún derecho constitucionalmente protegido a través del proceso de amparo, no puede ni debe tramitarse como un recurso de anulación, de modo que para estos supuestos queda habilitado el amparo como medio eficaz de defensa de los derechos comprometidos.

3. No obstante, conforme se ha establecido en esta sede (*Cfr.* Expedientes 6167-2005-HC y 6149-2006-AA), a fin de preservar la capacidad de los árbitros de pronunciarse acerca de su propia competencia, no podrá interponerse el amparo directamente contra un acto violatorio de derechos fundamentales acaecido en el trámite del proceso arbitral, pues, ante tal eventualidad, será necesario esperar el pronunciamiento definitivo del Tribunal Arbitral, el que podrá ser impugnado por violación *intra proceso* y resolverse como una *cuestión previa*, de ser el caso. En este supuesto, además, se deberán interpretar extensivamente las causales de admisibilidad del recurso de anulación, con relación a la cuestión incidental.

Esto, por supuesto, no quiere decir que todas las violaciones al debido proceso o demás derechos fundamentales, aun cuando ya exista un laudo, puedan ser impugnadas por medio del recurso de anulación. Como ya quedó dicho, y la propia norma así lo prevé, las causales para interponer el recurso de anulación se encuentran contempladas de manera taxativa y, aunque su interpretación sea extensiva, esta discrecionalidad (o flexibilidad) tiene límites infranqueables. Lo anterior no implica, por lo demás, que exista un vacío normativo o una zona donde no haya control de la arbitrariedad (en la que podrían incurrir los árbitros), sino que tal control no se podrá

llevar a cabo mediante el recurso de anulación, sino a través un proceso de amparo, de ser el caso.

4. En cualquier caso, y a efectos de determinar el ámbito de actuación de este Tribunal cuando conozca de amparos contra laudos arbitrales, es pertinente precisar algunas reglas para el control de estas decisiones. En tal sentido:

a) El amparo resulta improcedente cuando se cuestione actuaciones previas a la expedición del laudo. En tales casos, se deberá esperar la culminación del proceso arbitral.

b) Aun habiendo culminado el proceso arbitral, conforme al literal anterior, el amparo será improcedente cuando no se agote la vía previa, de ser pertinente la interposición de los recursos respectivos (apelación o anulación), de acuerdo a lo establecido en los fundamentos 2 y 3 *supra*.

c) El amparo resulta improcedente cuando se cuestione la interpretación realizada por el Tribunal Arbitral respecto a normas legales, siempre que de tales interpretaciones no se desprenda un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso.

En todo caso, frente a la duda razonable de dos posibles interpretaciones de un mismo dispositivo legal, el juez constitucional debe asumir que la propuesta por los árbitros es la más conveniente tanto para la solución del conflicto como para fortalecer la institución del arbitraje.

d) La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros, los que deben resolver conforme a las reglas del arbitraje, salvo que se advierta una arbitrariedad manifiesta en dicha valoración o calificación que pueda constatar de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso, sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional que no es posible en el proceso de amparo.

e) Quien alega la violación de un derecho constitucional que resulte de una arbitraria interpretación de normas o hechos producidos en el trámite del arbitraje, deberá acreditarlos de manera objetiva y específica, precisando en qué ha consistido dicha irregularidad, así como el documento o pieza procesal en el que se constata dicha vulneración.

